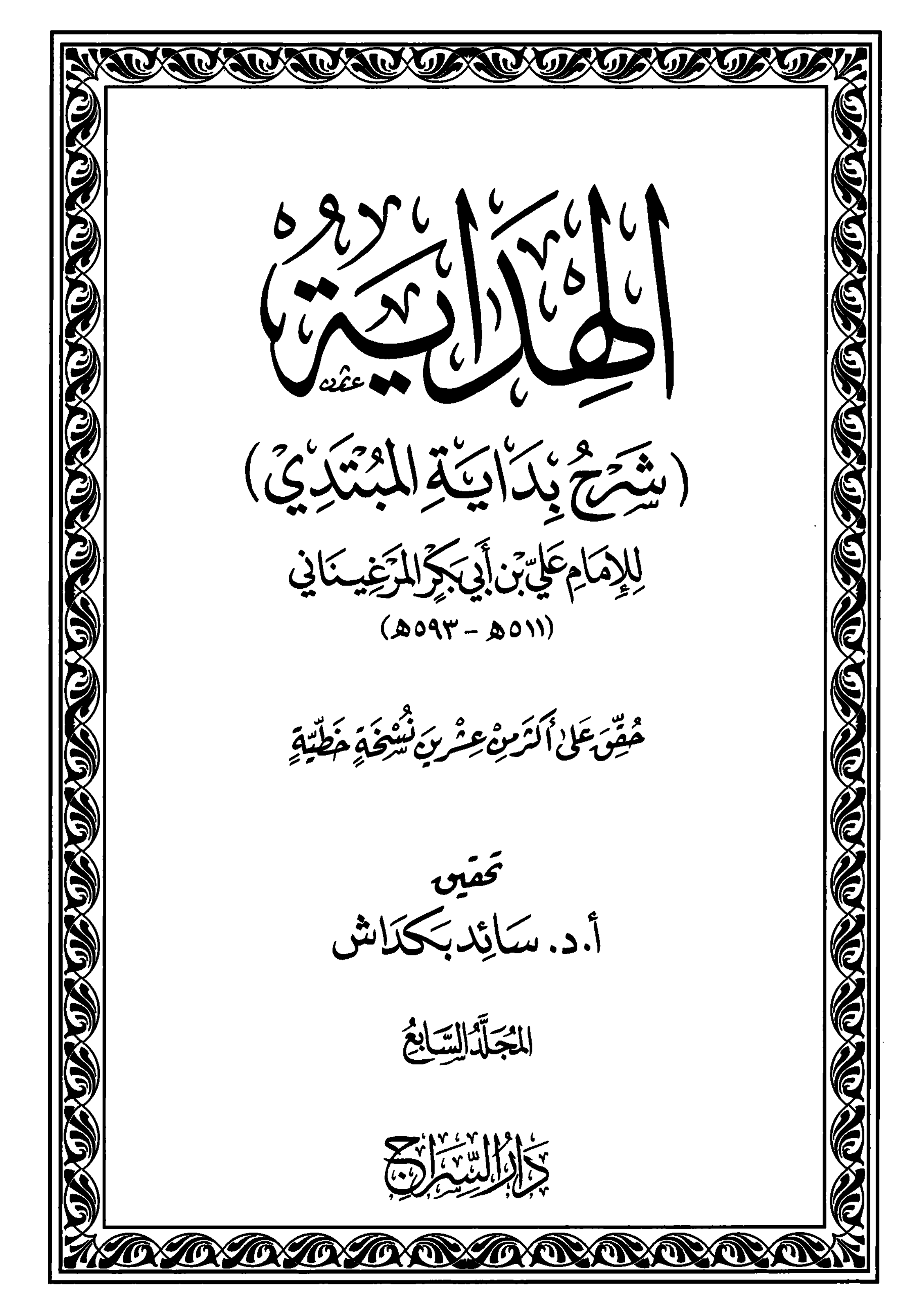


الهداية

(شرح بداية المبتدي)

للإمام علي بن أبي بكر المرغيناني

(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

حقق على أكثر من عشرين نسخة خطية

تحقيق

أ.د. سائد بكداش

المجلد السابع

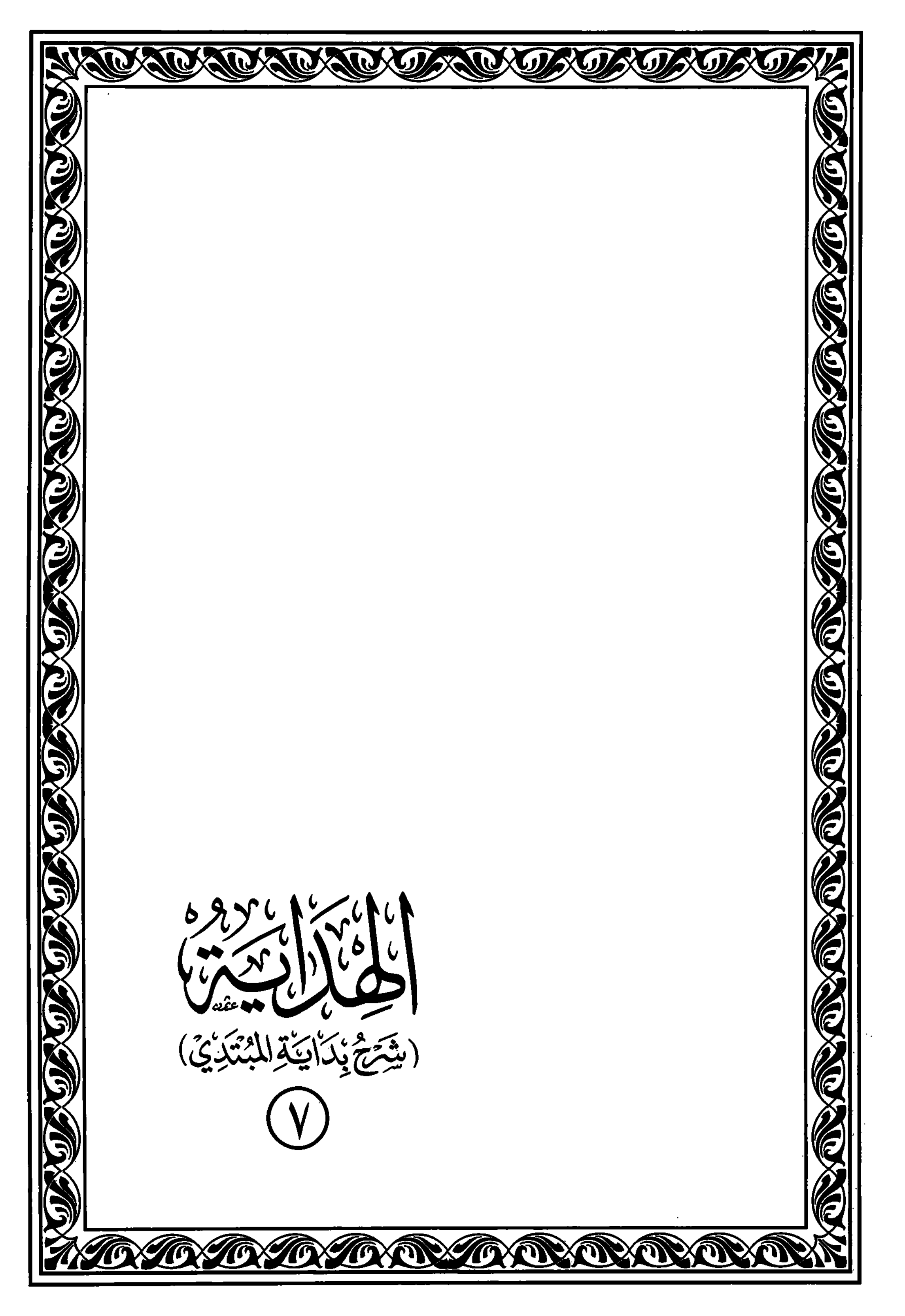
دار السراج

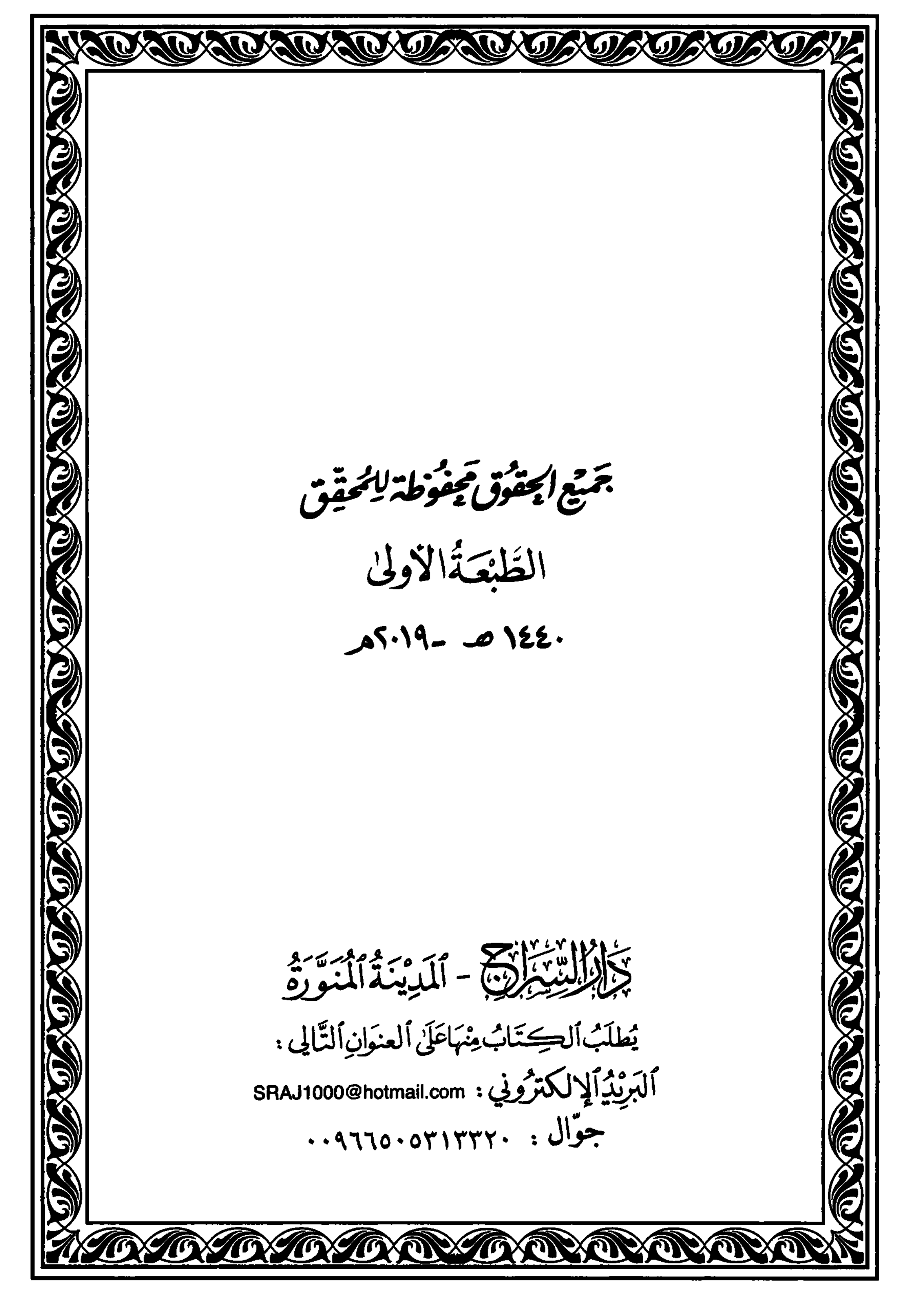


هدايتُنا هذه قد غَدَتْ طِرازاً لِمَذْهَبِنا المُذْهَبِ

فألفـاظُها دُرَرٌ كُلُّها وما مِثلُها قَطُّ في مَذْهَبِ

(زُيِّنَت بهذَيْن البيتَيْن غُرَّةُ نسخة ٧٣٢هـ)


الهداية
(شرح بداية المبتدي)
٧



الطبعة الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩م

دار السراج - المدينة المنورة

يطلب الكتاب منها على العنوان التالي :

البريد الإلكتروني : SRAJ1000@hotmail.com

جوال : ٠٠٩٦٦٥٠٥٣١٣٣٢٠

كتاب الأَشْرِبَة

الأشربةُ المُحَرَّمةُ أربعةٌ :

الخمرُ، وهي عصيرُ العنبِ إذا غَلَىٰ واشتَدَّ، وقَذَفَ بالزَّبَد، من غير أن يُطبَخ : يَحرُمُ قليلُها وكثيرُها .

والعصيرُ إذا طُبِخَ حتىٰ ذهبَ أقلُّ من ثُلُثَيْه، وهو الطِّلاءُ المذكورُ في «الجامع الصغير»، ونقيعُ التمرِ، وهو السَّكَرُ، ونقيعُ الزبيبِ إذا اشتَدَّ وغَلَىٰ .

كتاب الأَشْرِبَة

قال: سُمِّيَ بها، وهي: جَمْعُ: شَرابٍ: لِمَا فيه من بيانِ حُكْمِها.

قال: (الأشربةُ المُحَرَّمةُ أربعةٌ:

١ـ الخمرُ، وهي عصيرُ العنبِ إذا غَلَىٰ واشتَدَّ[1]، وقَذَفَ بالزَّبَد، من غير أن يُطبَخ: يَحرُمُ قليلُها وكثيرُها[2].

٢ـ والعصيرُ إذا طُبِخَ حتىٰ ذهبَ أقلُّ من ثُلُثَيْه، وهو الطِّلاءُ المذكورُ في «الجامع الصغير[3]».

٣ـ ونقيعُ التمرِ، وهو السَّكَرُ.

٤ـ ونقيعُ الزبيبِ إذا اشتَدَّ وغَلَىٰ).

---

(١) أي إذا حصل فيه قوة الإسكار.

(٢) قوله: من غير أن يُطبَخ: يَحرُمُ قليلُها وكثيرُها: مثبتٌ في بداية المبتدي ص ٦٥٦، وأيضاً في نسخة ١٠٣٨هـ، ونسخة مكتبة السليمانية برقم ٦٤٤.

(٣) ص٢٣٦.

. . . .

أما الخمرُ، فالكلامُ فيها في عشرة مواضع:

١ـ أحدُها: في بيان ماهِيَّتِها[١]، وهي النِّيْءُ من ماءِ العنبِ خاصةً إذا صار مُسْكِراً، وهذا عندنا، وهو المعروفُ عند أهل اللغة، وأهلِ العلم[٢].

وقال بعضُ الناس[٣]: هو[٤] اسمٌ لكلِّ مُسكِرٍ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كلُّ مُسْكِرٍ خمرٌ»[٥].

وقولِه عليه الصلاة والسلام: «الخمرُ من هاتَيْن الشجرتَيْن»، وأشار إلىٰ الكَرْمةِ، والنَّخْلة[٦].

ولأنه مشتَقٌّ من مُخامَرَةِ العقلِ، وهو موجودٌ في كلِّ مسكِرٍ.

ولنا: أنه اسمٌ خاصٌّ بإطباق أهلِ اللغة فيما ذكرناه[٧]، ولهذا اشتَهَرَ استعمالُه فيه، وفي غيره: غيرُه.

ولأن حُرمةَ الخمرِ قطعيةٌ، وهي في غيره ظَنِّيةٌ.

---

(١) وفي نُسَخ: مائيتها. وهي بمعنىً واحد. البناية ١٥/٧٥.

(٢) أراد بهم الفقهاء.

(٣) أراد بهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وأهل الظاهر. البناية ١٥/٧٦.

(٤) أي الخمر. قلت: الخمر تذكَّرُ وتؤنَّث، فيقال: هو، وهي. المصباح المنير.

(٥) صحيح مسلم (٢٠٠٣).

(٦) صحيح مسلم (١٩٨٥).

(٧) أي في النِّيْءِ من ماء العنب.

. . . .

وإنما سُمِّيَ خمراً: لتخمُّرِه، لا لمُخامَرَتِه العقلَ.

علىٰ أنَّ ما ذَكَرْتُم: لا ينافي كونَ الاسمِ خاصاً فيه، فإن النَّجْمَ: مشتقٌّ من: النجوم[١]، وهو الظهورُ، ثم هو اسمٌ خاصٌّ للنَّجْم المعروف[٢]، لا لكلِّ ما ظَهَرَ، وهذا كثيرُ النظِيْر.

والحديثُ الأول[٣]: طَعَنَ فيه يحيىٰ بنُ معينٍ[٤] رحمه الله.

والثاني[٥]: أُريدَ به بيان الحُكمُ؛ إذ هو اللائقُ بمَنصِبِ الرسالة.

٢ـ والثاني: في حَدِّ ثبوت هذا الاسم.

وهذا الذي ذَكَرَه في «الكتاب[٦]»: قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: إذا اشتدَّ وغَلَىٰ[٧]، ولا يُشترَطُ القذفُ بالزَّبَد؛ لأن الاسمَ يثبتُ به، وكذا المعنىٰ المُحرِّمُ[٨] بالاشتداد، وهو المؤثِّرُ في الفساد.

---

(١) قوله: النجوم، وهو: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) وهو: الثُّرَيَّا. البناية ١٥/٧٨، حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) أي حديث: كل مسكر خمرٌ، وينظر البناية ١٥/٧٨ لبيان ما قيل فيه.

(٤) البغدادي، إمام الجرح والتعديل، الحافظ المتقن، المتوفىٰ سنة ٢٣٣هـ.

(٥) أي الحديث الثاني وهو: «الخمرُ من هاتين الشجرتين»، وينظر البناية ١٥/٧٨.

(٦) أي مختصر القدوري.

(٧) أي صار مسكراً، وفي طبعات الهداية القديمة: إذا اشتد: صار خمراً.

(٨) وهو السُّكْر.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الغَلَيَانَ: بدايةُ الشدة، وكمالُها[١]: بقذفِ الزَّبَدِ وسكونِه[٢]؛ إذ به يتميَّزُ الصافي من الكَدِرِ.

وأحكامُ الشرع قطعيةٌ[٣]، فتُناطُ بالنهاية، كالحَدِّ[٤]، وإكفارِ المُستَحِلِّ، وحُرمةِ البيع.

وقيل: يُؤخَذُ في حُرمة الشُّرب بمجرد الاشتداد؛ احتياطاً[٥].

٣ـ والثالثُ: أنَّ عينَها حرامٌ، غيرُ معلولٍ بالسُّكْر، ولا موقوفٌ عليه.

ومن الناسِ مَن أنكر حُرمةَ عينِها، وقال: إن السُّكْرَ[٦] منها حرامٌ؛ لأن به يحصلُ الفسادُ، وهو الصدُّ عن ذِكْر الله.

وهذا[٧] كُفْرٌ؛ لأنه جحودُ الكتاب، فإنه تعالىٰ سمَّاه[٨] رِجْساً، والرِّجْسُ: ما هو محرَّمُ العينِ.

---

(١) وفي نُسخ: بالنصب: كمالَها، أي كَمَال الشدة، وفي نُسخ: كَمَاله. بالتذكير.

(٢) أي سكون الغليان.

(٣) أي أُمَّهات أحكام الشرع قطعيةٌ، لا مجالَ للظن والاحتمال فيها، فتتعلَّق بالنهاية وهو قذف الزبد؛ لأن في النقصان: شبهةَ العدم، والحدود تدرأ بالشبهات. البناية ١٥/٨٠.

(٤) أي حد الخمر، وإكفار مستحِلِّ الخمر، وحرمة بيع الخمر.

(٥) يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً.

(٦) وفي نُسخ: المسكر.

(٧) أي هذا القول. البناية ١٥/٨١.

(٨) أي سمىٰ الخمر.

. . . .

وقد جاءت السُّنَّةُ متواترةً أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام حرَّم الخمر[١].

وعليه انعقد إجماعُ الأُمَّة.

ولأن قليلَه يدعو إلىٰ كثيرِه، وهذا من خواصِّ الخمر، ولهذا تزدادُ لشاربه اللَّذَّةُ بالاستكثار منه، بخلاف سائر المَطعومات.

ثم هو غيرُ معلولٍ عندنا، حتىٰ لا يَتعدَّىٰ حكمُه إلىٰ سائر المسكرات.

والشافعي[٢] رحمه الله يُعدِّيه إليها، وهذا بعيدٌ؛ لأنه خلافُ السُّنَّة المشهورة، وتعليلٌ لتعدية الاسم، والتعليلُ في الأحكام، لا في الأسماء.

٤ـ والرابعُ: أنها نَجِسةٌ نجاسةً غليظةً، كالبول؛ لثبوتها بالدلائل القطعية، علىٰ ما بيَّنَّاه.

٥ـ والخامسُ: أنه يُكْفَرُ مُستَحِلُّها؛ لإنكاره الدليلَ القطعيَّ، وهو الكتابُ، وإجماعُ الصحابةِ رضي الله عنهم.

٦ـ والسادسُ: سقوطُ تقوُّمِها في حَقِّ المسلمِ، حتىٰ لا يَضمَنُ مُتلِفُها وغاصبُها، ولا يجوزُ بيعُها؛ لأن اللهَ تعالىٰ لَمَّا نجَّسَها: فقد أهانها، والتقوُّمُ يُشعِرُ بعِزَّتها.

وقال عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حرَّمَ شُرْبَها: حرَّمَ بيعَها، وأَكْلَ ثمنِها»[٣].

---

(١) صحيح مسلم (١٥٧٩)، وينظر الدراية ٢/٢٤٧، البناية ١٥/٨٢.

(٢) نهاية المطلب ١٧/٣٢٥.

(٣) صحيح مسلم (١٥٧٩).

. . . .

واختلفوا في سقوط ماليَّتها[1]، والأصحُّ أنها مالٌ[2]؛ لأن الطِّبَاعَ تميلُ إليها، وتَضِنُّ بها[3].

ومَن كان له علىٰ مسلمٍ دَيْنٌ، فأوفاه من ثمنِ خمرٍ: لا يَحِلُّ له أن يأخذَه، ولا للمديون أن يُؤدِّيَه؛ لأنه ثمنُ بيعٍ باطلٍ، وهو غَصْبٌ في يده، أو أمانةٌ، علىٰ حَسَبِ ما اختلفوا فيه، كما في بيع الميتة.

ولو كان الدَّينُ علىٰ ذميٍّ: فإنه يُؤدِّيْه من ثمنِ الخمر، والمسلمُ الطالِبُ يَستوفيه؛ لأن بيعَها فيما بينهم جائزٌ.

٧ـ والسابعُ: حُرْمةُ الانتفاعِ بها؛ لأن الانتفاعَ بالنجَسِ حرامٌ.

ولأنه واجبُ الاجتناب، وفي الانتفاع به: اقترابٌ.

٨ـ والثامنُ: أنْ يُحَدَّ شاربُها وإن لم يَسكَرْ منها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن شَرِبَ الخمرَ: فاجلِدُوه، فإن عاد: فاجلِدُوه، فإن عاد: فاجلِدُوه، فإن عاد: فاقتلوه»[4].

---

(١) أي مالية الخمر.

(٢) لكن غير متقوِّم.

(٣) أي تبخل بها، وهذا هو حقيقة المال.

(٤) سنن الترمذي (١٤٤٤)، سنن أبي داود (٤٤٨٢)، وصححه بن حبان (٤٤٤٧)، وله طرق عديدة، ينظر نصب الراية ٣٤٦/٣.

. . . .

إلا أنَّ حُكْمَ القتلِ قد انتَسَخَ، فبقِيَ الجَلْدُ مشروعاً، وعليه انعقد إجماعُ الصحابة[١] رضي الله عنهم، وتقديرُه ذكرناه في الحدود.

٩ـ والتاسعُ: أن الطبخَ لا يُؤثِّرُ فيها[٢]؛ لأنه[٣] للمنع من ثبوت الحُرمة، لا لرفعها بعد ثبوتها، إلا أنه لا يُحَدُّ فيه[٤] ما لم يَسكَرْ منه، علىٰ ما قالوا[٥]؛ لأن الحدَّ بالقليل: في النِّيْءِ خاصةً[٦]، لِمَا ذكرناه، وهذا قد طُبِخَ.

١٠ـ والعاشرُ: جوازُ تخليلِها.

وفيه خلافُ الشافعي[٧] رحمه الله، وسنذكرُه من بعد إن شاء الله تعالىٰ.

هذا هو الكلامُ في الخمر.

---

(١) أشار إليه الترمذي عقب حديث (١٤٤٤)، لكن قال في الدراية ٢/٢٤٨: وقد تُعقب بأن عبد الله بن عمرو يقول بقتله، وأن الحسن البصري كان يفتي بقوله.

(٢) أي في الخمر.

(٣) أي الطبخ.

(٤) أي إلا أن الشأن أنه لا يُحدُّ في المطبوخ من الخمر ما لم يسكر منه. البناية ١٥/٩٥.

(٥) أي علىٰ ما قال المشايخ رحمهم الله. البناية ١٥/٩٥.

(٦) أي لا في المطبوخ؛ لأن أثر الطبخ في إزالة صفة الإسكار، والخمر حرامٌ، وموجِبٌ للحد بعينها، لا لإسكارها.

(٧) الحاوي الكبير ٦/١١٢.

. . . .

---

* وأما العصيرُ(١) إذا طُبِخَ حتىٰ يَذهبَ أقلُّ من ثُلُثَيْه، وهو المطبوخُ أدنىٰ طَبْخةٍ، ويُسمىٰ: البَاذِق.

والمُنَصَّفُ: وهو ما ذَهَبَ نصفُه بالطبخ.

فكلُّ ذلك حرامٌ عندنا إذا غَلَىٰ واشتدَّ وقَذَفَ بالزَّبَد.

أو إذا اشتدَّ: علىٰ الاختلاف(٢).

وقال الأوزاعي(٣) رحمه الله: إنه مباحٌ، وهو قولُ بعضِ المعتزلة(٤)؛ لأنه مشروبٌ طيِّبٌ، وليس بخمرٍ.

ولنا: أنه رقيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ، ولهذا يجتمعُ عليه الفُسَّاقُ، فيَحرُمُ شُرْبُه؛ دَفْعاً للفساد المتعلِّقِ به.

* وأما نَقِيعُ التمر، وهو السَّكَرُ، وهو النِّيْءُ من ماءِ التمر، أي الرُّطَبِ: فهو حرامٌ مكروهٌ(٥).

---

(١) وهو النوع الثاني من الأشربة المحرمة، أي وأما عصير العنب.

(٢) أي المذكور بين الإمام وصاحبيه في اشتراط القذف بالزبد.

(٣) عبد الرحمن بن عمرو، إمام أهل الشام، ت ١٥٧هـ.

(٤) وهو بشر بن غياث المريسي (ت ٢١٨هـ)، وقول أهل الظاهر. البناية ١٥/٩٨.

(٥) أردف الحرام بالمكروه: ليُعلَم أن درجة حُرمته أدنىٰ من درجة حرمة الخمر؛ لأن حرمة السَّكَر اجتهاديةٌ، وحرمةَ الخمر بالإجماع قطعيةٌ، ولهذا لا يُكفَرُ مُستَحِلُّ السَّكَر، ويُكفَر مُستَحِلُّ الخمر . البناية ١٥/٩٩.

. . . .

وقال شريكُ بن عبد الله[١] رحمه الله: إنه مباحٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾. النحل/٦٧.

امتَنَّ به علينا، وهو بالمُحَرَّم لا يتحقَّقُ.

ولنا: إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم.

ويدلُّ عليه ما رويناه من قبل[٢].

والآيةُ: محمولةٌ علىٰ الابتداء، إذ[٣] كانت الأشربةُ مباحةً كلُّها.

وقيل: أراد به التوبيخَ.

معناه، والله أعلم: تتخذون منه سكَراً، وتَدَعُون رزقاً حسناً؟!

* وأما نَقِيعُ الزبيبِ[٤]: وهو النِّيْءُ من ماء الزبيب: فهو حرامٌ إذا اشتدَّ وغَلَىٰ.

ويتأتَّىٰ فيه خلافُ الأوزاعيِّ رحمه الله، وقد بيَّنَّا المعنىٰ من قبل.

إلا أن حُرمةَ هذه الأشربةِ: دونَ حرمةِ الخمر، حتىٰ لا يُكفَرُ مُستَحِلُّها، ويُكفَرُ مُستحِلُّ الخمر؛ لأن حرمتَها اجتهاديةٌ، وحُرمةَ الخمرِ قطعيةٌ.

---

(١) النخعي الكوفي، من أصحاب أبي حنيفة، ت ١٧٧هـ.

(٢) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وأشار إلىٰ الكرمة والنخلة، وتقدم تخريجه قريباً.

(٣) وفي نُسخ: وكانت.

(٤) وهو النوع الرابع من الأشربة المحرَّمة بحسب تقسيم المصنِّف لها.

وقال في «الجامع الصغير» : وما سوىٰ ذلك من الأشربة : فلا بأسَ به.

ولا يجبُ الحَدُّ بشُرْبِها حتىٰ يَسْكَرَ، ويجبُ بشُرْب قطرةٍ من الخمر.

ونجاستُها خفيفةٌ في روايةٍ، وغليظةٌ في أخرىٰ، ونجاسةُ الخمرِ غليظةٌ روايةً واحدةً.

ويجوزُ بيعُها[١]، ويَضمَنُ متلِفُها عند أبي حنيفة رحمه الله.

خلافاً لهما فيهما[٢]؛ لأنه مالٌ متقوِّمٌ، وما[٣] شَهِدتْ دلالةٌ قطعيةٌ بسقوط تقوُّمِها[٤]، بخلاف الخمر.

غيرَ أنَّ عنده[٥] تجبُ قيمتُها، لا مِثلُها، علىٰ ما عُرِف.

ولا يُنتفَعُ بها[٦] بوجهٍ من الوجوه؛ لأنها محرَّمةٌ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوزُ بيعُها إذا كان الذاهبُ بالطبخ أكثرَ من النصف، دون الثلثين.

(وقال في «الجامع الصغير[٧]»: وما سوىٰ ذلك من الأشربة: فلا بأسَ به).

---

(١) أي بيع الأشربة المذكورة، سوىٰ الخمر، لكن مع الكراهة.

(٢) أي في جواز البيع والتضمين.

(٣) ما: نافية.

(٤) أي قيمة هذه الأشربة عند الإتلاف.

(٥) أي الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٦) أي بالأشربة المذكورة.

(٧) ص٢٣٦.

وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: ما كان من. . . . .

قالوا[١]: هذا الجوابُ: علىٰ هذا العموم، والبيانُ[٢] لا يوجدُ في غيره.

وهو نصٌّ علىٰ أنَّ ما يُتَّخذُ من الحنطةِ والشعيرِ والعسلِ والذُّرَةِ: حلالٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُحَدُّ شاربُه عنده وإن سكِرَ منه[٣].

ولا يقعُ طلاقُ السكران منه؛ لأنه بمنزلة النائم، ومَن[٤] ذَهَبَ عقلُه بالبَنْج والدواء، ولبنِ الرِّمَاك[٥].

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه[٦] حرامٌ، ويُحَدُّ شاربُه إذا سكِرَ منه، ويقعُ طلاقُه إذا سكِرَ منه، كما في سائر الأشربة المُحَرَّمة.

وقال فيه[٧] أيضاً: (وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: ما كان من

---

(١) أي شُرَّاح الجامع الصغير.

(٢) أي هذا التصريح لا يوجد في غير الجامع الصغير.

(٣) أي وإن سكر من المتَّخذ من هذه الأشياء، وفي البناية ١١/٣٩٣ عن تحفة الفقهاء ٣/٥٦٣ هذا هو الصحيح من الرواية. اهـ، لكن قال سعدي في حاشيته علىٰ الهداية: والصحيح أنه يُحَدُّ عنده، كما في المثلَّث. نصَّ عليه عصام. تمرتاشي. اهـ

(٤) عطفٌ علىٰ النائم، أي وبمنزلة مَن ذهب عقله.

(٥) جمع: رمكة: الأنثىٰ من الخيل.

(٦) أي المتخذ من الحنطة والشعير والعسل ونحوها.

(٧) أي في الجامع الصغير ص٢٣٦. كما في البناية ١٥/١٠٧، حاشية سعدي علىٰ الهداية.

الأشربة يبقىٰ بعد ما يبلُغُ عشرةَ أيامٍ، ولا يَفسُدُ: فإني أَكرَهُه، ثم رَجَعَ إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله.

الأشربة يبقىٰ بعد ما يبلُغُ عشرةَ أيامٍ[١]، ولا يَفسُدُ: فإني أكرَهُه، ثم رَجَعَ إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله).

وقولُه الأولُ: مثلُ قولِ محمدٍ رحمه الله: إن كلَّ مسكرٍ حرامٌ، إلا أنه تفرَّد بهذا الشرط[٢].

ومعنىٰ قوله: يَبلُغُ: يَغلي ويَشتدُّ.

ومعنىٰ قولِه: ولا يَفسُدُ: لا يَحمُضُ.

ووجهُه: أنَّ بقاءَه هذه المدةَ من غير أن يَحمُضَ دلالةُ قوَّتِه وشدتِه، فكان آيةَ حُرمتِه.

ومثلُ ذلك مَرويٌّ عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما[٣].

وأبو حنيفة رحمه الله يَعتبرُ حقيقةَ الشدة، علىٰ الحدِّ الذي ذكرناه فيما يَحْرُمُ أصلُ شربِه، وفيما يَحْرُمُ السُّكْرُ منه، علىٰ ما نذكره إن شاء الله تعالىٰ.

وأبو يوسف رحمه الله رَجَعَ إلىٰ قولِ أبي حنيفة رحمه الله، فلم يُحرِّمْ كلَّ مسكرٍ، ورَجَعَ عن هذا الشرط أيضاً.

---

(١) أي يغلي ويشتد، كما سيأتي بعد قليل في كلام المصنف.

(٢) أي شَرْط ألا يفسد.

(٣) ينظر الدراية ٢/٢٤٩.

وقال في «المختصر» : ونبيذُ التمرِ والزبيبِ إذا طُبِخَ كلٌّ واحدٍ منهما أدنىٰ طَبْخةٍ : حلالٌ وإن اشتدَّ إذا شَرِبَ منه ما يَغلِبُ علىٰ ظنِّه أنه لا يُسكِرُه، من غير لَهْوٍ ولا طَرَبٍ.

ولا بأسَ بالخَلِيطَيْن.

قال: (وقال في «المختصر[1]»: ونبيذُ التمرِ والزبيبِ إذا طُبِخَ كلٌّ واحدٍ منهما أدنىٰ طَبْخةٍ: حلالٌ وإن اشتدَّ إذا شَرِبَ منه ما يَغلِبُ علىٰ ظنِّه أنه لا يُسكِرُه، من غير لَهْوٍ ولا طَرَبٍ[2])، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعند محمدٍ والشافعي[3] رحمهما الله: حرامٌ.

والكلامُ فيه: كالكلام في المُثَلَّث العِنَبي[4]، ونذكره إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا بأسَ بالخَلِيطَيْن[5])؛ لِمَا رُوي عن ابن زياد أنه قال: سقاني

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) لأن شُرب نبيذ التمر والزبيب لأجل اللهو والطرب: حرامٌ بالإجماع.

والطَّرَبُ هو: خِفَّةٌ تُصيب الإنسان لشدة حزن أو فرح. الدر المختار ٦/٤٥٣، نقلاً عن المختار، قلت: المراد مختار الصحاح، لا المختار للموصلي، وكذلك نقله في البناية ٧/١٩ عن المختار.

(٣) إعانة الطالبين ١/١١٠.

(٤) وهو عصير العنب إذا طُبِخ حتىٰ ذهب ثلثاه، وبقي ثلثُه: فهذا حلالٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن اشتد، وحرامٌ عند محمد والأئمة الثلاثة. البناية ١٥/١١٠.

(٥) الخليطان: عبارةٌ عن نقيع التمر ونقيع الزبيب، يخلطان، فيُطبخ بعد ذلك أدنىٰ طبخة، ويُترك إلىٰ أن يغلي ويشتد. البناية ١٢/٣٧٢.

ونبيذُ العَسَلِ والتِّيْنِ، ونبيذُ الحنطةِ والذُّرَةِ والشعيرِ : حلالٌ وإن لم يُطبَخْ.

ابنُ عمرَ رضي الله عنهما شَرْبَةً ما كِدْتُ أهتدي إلىٰ منزلي[1]، فغَدَوْتُ إليه من الغد، فأخبرتُه بذلك، فقال: ما زِدْناكَ علىٰ عَجْوةٍ وزبيبٍ[2].

وهذا نوعٌ[3] من الخليطَيْن، وكان مطبوخاً؛ لأن المَرْويَّ عنه حُرمةُ نقيع الزبيب، وهو النِّيْءُ منه.

وما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن الجَمْع بين التمر والزبيب، والزبيبِ والرُّطَب، والرُّطَبِ والبُسْر[4]: محمولٌ علىٰ حالة الشدَّةِ، وكان ذلك في ابتداء الإسلام[5].

قال: (ونبيذُ العَسَلِ والتِّيْنِ، ونبيذُ الحنطةِ والذُّرَةِ والشعيرِ: حلالٌ[6] وإن لم يُطبَخْ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذا كان يَشربُه من غير لَهْوٍ وطَرَبٍ.

---

(١) وفي نُسخ: أهلي.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٤٩: أخرجه محمد بن الحسن في الآثار.

(٣) لفظ: نوعٌ: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) صحيح مسلم (١٩٩٠).

(٥) وفي غالب النسخ: في الابتداء. قال في البناية ١٥/١١٤: أي ابتداء الإسلام. وكتب في حاشية نسخة ٧٩٧هـ: أي في ابتداء التحريم.

(٦) وفي نسخة ٦٣٣هـ من بداية المبتدي: حلالٌ إذا اشتد وإن لم يُطبخ.

. . . .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمرُ من هاتَيْن الشجرتين»، وأشار إلىٰ الكَرْمة والنخلة[١].

خصَّ التحريمَ بهما[٢]، والمرادُ بيانُ الحكم[٣].

ثم قيل: يُشترَطُ الطبخُ فيه لإباحته، وقيل: لا يشترطُ، وهو المذكور في «الكتاب[٤]»؛ لأن قليلَه لا يدعو إلىٰ كثيرِه كيف ما كان[٥].

وهل يُحَدُّ في المتَّخَذِ من الحبوب إذا سكِرَ منه؟

قيل: لا يُحَدُّ، وقد ذكرنا الوجهَ من قبل[٦].

قالوا: والأصحُ أنه يُحَدُّ، فإنه رُوِي عن محمدٍ رحمه الله فيمن سكِرَ من الأشربة: أنه يُحَدُّ من غير تفصيلٍ[٧].

وهذا لأن الفُسَّاقَ يجتمعون عليه في زمانِنا اجتماعَهم علىٰ سائر الأشربةِ، بل فوقَ ذلك.

---

(١) صحيح مسلم (١٩٨٥).

(٢) أي بالكرمة والنخلة، فبقي ما وراءهما علىٰ أصل الإباحة.

(٣) لا بيان اللغة.

(٤) أي مختصر القدوري. البناية ١٥/١١٦.

(٥) مطبوخاً أو غيرَ مطبوخ.

(٦) وهو أن حرمته ليست بدليل قطعي. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٧) بين المطبوخ وغيره. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

وعصيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ حتىٰ ذَهَبَ ثلثاه، وبقِيَ ثلثُه : حلالٌ وإن اشتدَّ.

وكذلك المُتَّخذُ من الألبان إذا اشتدَّ: فهو علىٰ هذا(١).

وقيل: إن المتَّخذَ من لبنِ الرِّماك: لا يَحِلُّ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ اعتباراً بلَحْمِه؛ إذ هو متولِّدٌ منه.

قالوا: والأصحُّ أنه يَحِلُّ؛ لأن كراهةَ لحمِه: لِمَا أن في إباحته من قَطْعِ مادةِ الجهادِ، أو لاحترامِه، فلا يَتعدَّىٰ إلىٰ لبنه.

قال: (وعصيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ حتىٰ ذَهَبَ ثلثاه، وبقِيَ ثلثُه: حلالٌ وإن اشتدَّ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ، ومالكٌ(٢)، والشافعيُّ(٣) رحمهم الله: حرامٌ.

وهذا الخلافُ فيما إذا قُصِدَ به التقوِّي، أما إذا قُصِدَ به التلهِّي: لا يَحِلُّ بالاتفاق(٤).

وعن محمدٍ رحمه الله: مثلُ قولهما.

وعنه: أنه كره ذلك.

وعنه: أنه توقَّفَ فيه.

---

(١) أي علىٰ اختلاف الروايتين: قيل: يُحدُّ، وقيل: لا يُحد.

(٢) التلقين ص٨٠.

(٣) العزيز ١١/٢٧٥.

(٤) لأن التلهي حرام، وما يؤدي إلىٰ الحرام: حرامٌ. حاشية نسخة ٧٣٨هـ

. . . .

لهم في إثبات الحُرْمة: قولُه عليه الصلاة والسلام: «كلُّ مسكرٍ خمرٌ»[(١)].

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «ما أسكر كثيرُه: فقليلُه حرامٌ»[(٢)].

ويُروىٰ عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ما أسكر الجَرَّةُ منه: فالجُرْعةُ منه حرامٌ»[(٣)].

ولأنَّ المُسكِرَ يُفسِدُ العقلَ، فيكون حراماً قليلُه وكثيرُه، كالخمر.

ولهما[(٤)]: قولُه عليه الصلاة والسلام: «حُرِّمتِ الخمرُ لعَيْنِها»[(٥)].

ويُروىٰ: «بعَيْنِها، قليلُها وكثيرُها سواءٌ، والسُّكْرُ من كلِّ شرابٍ».

خَصَّ السُّكْرَ بالتحريم في غير الخمر؛ إذِ العطفُ للمغايرة.

ولأن المُفسِدَ هو القَدَحُ المُسكِرُ، وهو حرامٌ عندنا.

وإنما يَحرُمُ القليل منه؛ لأنه يدعو لرِقَّته ولَطَافتِه إلىٰ الكثير، فأُعطِيَ حُكمُه.

---

(١) صحيح مسلم (٢٠٠٣).

(٢) سنن أبي داود (٣٦٨١)، سنن الترمذي (١٨٦٥)، وقال: حسن غريب، وصححه ابن حبان (٥٣٨٢).

(٣) الجَرَّة: معروفة، قال في الدراية ٢/٢٥٠: لم أجده بهذا اللفظ، وفي أبي داود (٣٦٨٧): فمِلْءُ الكَفِّ منه حرامٌ، وفي الترمذي (١٨٦٦): فالحسْوة.

(٤) وفي بعض النُّسَخ: ولنا. البناية ١٥/١٢١.

(٥) المعجم الأوسط (٢٧٣٤)، سنن البيهقي (٢٠٩٤٧)، وينظر الدراية ٢/٢٥١، وفيه كلامٌ، وله طرق وألفاظ متقاربة، ويروىٰ: لعينها، و: بعينها، منية الألمعي ص٤٠٧.

. . . .

والمُثلَّثُ: لغِلَظه لا يدعو، وهو في نفسِه غذاءٌ، فبقيَ علىٰ الإباحة.

والحديثُ الأول[1]: غيرُ ثابتٍ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

ثم هو محمولٌ علىٰ القَدَحِ الأخير، إذ[2] هو المُسكِرُ حقيقةً.

والذي يُصَبُّ عليه الماءُ بعد ما ذَهَبَ ثلثاه بالطبخ، حتىٰ يَرِقَّ، ثم يُطبَخُ طبخةً: حُكْمُه حُكْمُ المثلَّث؛ لأن صَبَّ الماءِ لا يزيدُه إلا ضَعْفاً.

بخلاف ما إذا صُبَّ الماءُ علىٰ العصير، ثم يُطبَخُ حتىٰ يَذهبَ ثلثا الكلِّ[3]؛ لأن الماءَ يذهبُ أوَّلاً؛ للَطَافَتِه، أو يذهبُ منهما، فلا يكون الذاهبُ ثلثي ماءِ العنب.

ولو طُبِخَ العنبُ كما هو، ثم يُعصَرُ: يُكتَفَىٰ بأدنىٰ طبخةٍ، في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله.

وفي روايةٍ عنه: أنه لا يَحِلُّ ما لم يذهبْ ثلثاه بالطبخ، وهو الأصحُّ؛ لأن العصيرَ قائمٌ فيه من غير تغيُّرٍ، فصار كما بعد العصر.

ولو جُمِعَ في الطبخ بين العِنَبِ والتمر، أو بين التمر والزبيبِ: لا يَحِلُّ

---

(١) أي حديث: كل مسكر خمر، وسبق قريباً أنه طعن فيه يحيىٰ بن معين، وينظر البناية ١٥/٨٧.

(٢) وفي نُسخ: لأنه.

(٣) حيث لا يَحِلُّ. البناية ١٥/١٢٧.

ولا بأس بالانتباذِ في الدُّبَّاءِ، والحَنْتَمِ، والمُزَفَّتِ، والنَّقِير.

حتىٰ يذهب ثلثاه؛ لأن التمرَ إن كان يُكتفَىٰ فيه بأدنىٰ طَبْخةٍ، فعصيرُ العنب لا بدَّ أن يَذهبَ ثلثاه، فيُعتبرُ جانبُ العنب؛ احتياطاً.

وكذا إذا جُمِعَ بين عصيرِ العنبِ ونقيعِ التمر؛ لِمَا قلنا.

ولو طُبِخَ نقيعُ التمرِ ونقيعُ الزبيبِ أدنىٰ طَبْخةٍ، ثم أُنقِعَ فيه تمرٌ أو زبيبٌ: إن كان ما أُنقِع فيه شيئاً يسيراً لا يُتَّخذُ النبيذُ من مثله: لا بأس به.

وإن كان يُتَّخذُ النبيذُ من مثله: لم يَحِلَّ، كما إذا صُبَّ في المطبوخ قَدَحٌ من نقيعٍ.

والمعنىٰ فيه: تغليبُ جهةِ الحُرمة.

ولا حَدَّ في شُرْبِه؛ لأن التحريمَ للاحتياط، وهو في الحَدِّ في دَرئِه.

ولو طُبِخَ الخمرُ أو غيرُه بعدَ الاشتدادِ حتىٰ يَذهبَ ثلثاه: لم يَحِلَّ؛ لأنَّ الحرمةَ قد تَقرَّرت، فلا ترتفعُ بالطبخ.

قال: (ولا بأس بالانتباذِ في الدُّبَّاءِ[1]، والحَنْتَمِ، والمُزَفَّتِ، والنَّقِير).

لقوله عليه الصلاة والسلام في حديثٍ فيه طُوْلٌ بعد ذِكْرِ هذه الأوعية: «فاشربوا في كلِّ ظَرْفٍ، فإنَّ الظرفَ لا يُحِلُّ شيئاً، ولا يُحرِّمُه، ولا تشربوا المسكِرَ»[2].

---

(١) الدباء: أي القرع، والحنتم: جِرارٌ خضر أو حُمْر، والمزفَّت: المطلي بالزفت، والنقير: الخشبة المنقورة. البناية ١٦/ ١٣٠.

(٢) صحيح مسلم (١٩٩٩).

وإذا تخلَّلَتِ الخمرُ: حَلَّتْ، سواءٌ صارت خلاًّ بنفسها، أو بشيءٍ طُرِحُ فيها، ولا يكره تخليلُها.

وقال ذلك بعد ما أخبر عليه الصلاة والسلام عن النهي عنه[1]، فكان ناسخاً له.

وإنما يُنتَبَذُ فيه بعد تطهيره.

فإن كان الوعاءُ عَتِيقاً: يُغسَلُ ثلاثاً، فيَطهُرُ، وإن كان جديداً: لا يَطهُرُ عند محمدٍ رحمه الله؛ لتشرُّب الخمرِ فيه، بخلاف العتيق.

وعند أبي يوسف رحمه الله: أنه يُغسَلُ ثلاثاً، ويُجفَّفُ في كلِّ مرةٍ، وهي مسألةُ: ما لا يَنعصرُ بالعصر[2].

وقيل: عند أبي يوسف رحمه الله: يُملأُ ماءً مرةً بعدَ أخرىٰ، حتىٰ إذا خَرَجَ الماءُ صافياً غيرَ متغيِّرٍ: يُحكَمُ بطهارته.

قال: (وإذا تخلَّلَتِ الخمرُ: حَلَّتْ، سواءٌ صارت خلاًّ بنفسها، أو بشيءٍ طُرِحُ فيها، ولا يكره تخليلُها).

---

(١) أي النهي عن الانتباذ في المزفت، والدباء، والحنتم، والنقير، كما في صحيح البخاري (٥٣)، صحيح مسلم (١٩٩٢).

(٢) والخلاف فيها مشهورٌ، فإنه عند محمد رحمه الله: إذا تنجَّس ما لا ينعصر بالعصر: لا يطهر أبداً، وعند أبي يوسف رحمه الله: يطهر بالغسل ثلاثَ مراتٍ، مع تجفيفه في كل مرة. اهـ البناية ١٥/١٣٣.

. . . .

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يُكره التخليلُ، ولا يَحِلُّ الخَلُّ الحاصلُ به إن كان التخليلُ بإلقاءِ شيءٍ فيه، قولاً واحداً.

وإن كان بغير إلقاءِ شيءٍ فيه: فله في الخَلِّ الحاصلِ به قولان[2].

له[3]: أن في التخليلِ اقتراباً من الخمر علىٰ وجه التموُّل، والأمرُ بالاجتناب ينافيه.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «نِعْمَ الإدامُ: الخَلُّ»[4]، من غير فَصْلٍ[5].

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «خيرُ خَلِّكُم: خَلُّ خَمْرِكُم»[6].

ولأن بالتخليلِ يزولُ الوصفُ المفسِدُ، وتثبتُ صفةُ الصلاح، من حيث تسكينُ الصفراءِ، وكَسْرُ الشهوة.

---

(١) تقدم عنه تحريم التخليل. نهاية المطلب ٦/١٥٦.

(٢) في قول: يحلُّ، كقولنا، وهو المعتمد عنده، وفي قولٍ: لا يحلُّ.

(٣) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٤) صحيح مسلم (١٦٦).

(٥) قوله: من غير فصلٍ... إلىٰ نهاية الحديث القادم: خَلُّ خمركم: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٦) سنن البيهقي (١١٢٠٣)، معرفة السنن والآثار (١١٧٢٣)، وقال: وهو مما تفرد به المغيرة، وهو ليس بالقوي، الدراية ٢/٢٥٢.

ويكره شُرْبُ دُرْدِيِّ الخمر، والامتشاطُ به.

والتغذِّي به، والإصلاحُ: مباحٌ.

وكذا الصالح: للمَصالِح؛ اعتباراً بالمتخلِّل بنفسه، وبالدباغ.

والاقترابُ[١]: لانعدام الفساد، فأشبه الإراقةَ.

والتخليلُ: أَوْلىٰ؛ لِمَا فيه من إحراز مالٍ يصيرُ حلالاً في الثاني[٢]، فيختارُه مَن ابتُلِيَ به.

وإذا صار الخمرُ خلاًّ: يَطهرُ ما يُوازيها من الإناء.

فأما أعلاه، وهو الذي نَقَصَ منه الخمر: قيل: يطهرُ تبعاً، وقيل: لا يطهرُ؛ لأنه خمرٌ يابسٌ، إلا إذا غُسِلَ بالخَلِّ، فيتخلَّلُ من ساعته، فيطهرُ.

وكذا إذا صُبَّ منه الخمرُ، ثم مُلِئَ خلاًّ: يطهرُ في الحال، علىٰ ما قالوا.

قال: (ويكره شُرْبُ دُرْدِيِّ[٣] الخمر، والامتشاطُ به)؛ لأن فيه أجزاءَ الخمرِ، والانتفاعُ بالمُحرَّم: حرامٌ.

ولهذا لا يجوزُ أن يُداوِيَ به جُرْحاً، أو دَبَرَةَ دابةٍ[٤]، ولا أن يَسقيَ ذمياً، ولا أن يَسقِيَ صبياً للتداوي، والوبالُ[٥] علىٰ مَن سَقَاه.

---

(١) جوابٌ عن قول الإمام الشافعي رحمه الله: إن في التخليل اقتراباً من الخمر.

(٢) أي في الزمن الثاني.

(٣) ما يبقىٰ ويَرسُبُ في أسفل الخمر.

(٤) الدَّبَرَة: بفتحتين: جرح الدابة. البناية ١٥/١٣٩.

(٥) أي الإثم والخطيئة.

ولا يُحَدُّ شاربُه إن لم يَسْكَرْ.

ويكره الاحتقانُ بالخمر، وإقطارُها في الإحليل.

وكذا لا يَسقيها الدوابَّ.

وقيل: لا تُحمَلُ الخمرُ إليها، أما إذا قِيْدت[١] إلىٰ الخمر: فلا بأس به، كما في الكلب، والميتة[٢].

ولو أُلقيَ الدُّرْدِيُّ في الخلِّ: لا بأس به؛ لأنه يصيرُ خلاًّ، لكنْ يباحُ حَمْلُ الخلِّ إليه[٣]، لا عكسُه؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولا يُحَدُّ شاربُه)، أي شارِبُ الدُّرْدِيِّ (إن لم يَسْكَرْ).

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: يُحَدُّ؛ لأنه شَرِبَ جزءاً من الخمر.

ولنا: أن قليلَه لا يدعو إلىٰ كثيرِه؛ لِمَا أنَّ في الطِّبَاع من النَّبْوةِ عنه، فكان ناقصاً، فأشبه غيرَ الخمر من الأشربة، ولا حَدَّ فيها إلا بالسُّكْر.

ولأن الغالبَ عليه الثُّفْلُ، فصار كما إذا غَلَبَ عليه الماءُ بالامتزاج.

قال: (ويكره الاحتقانُ بالخمر، وإقطارُها في الإحليل)؛ لأنه انتفاعٌ بالمُحرَّم.

---

(١) أي الدابة.

(٢) أي لا تُحمل الميتة إلىٰ الكلب، ولو قِيْدَ إليها: لا بأس به.

(٣) أي إلىٰ الدردي.

(٤) مغني المحتاج ٥/٥١٧.

. . . .

ولا يجبُ الحَدُّ، لعدم الشرب، وهو السبب.

ولو جُعِلَ الخمرُ في مَرَقَةٍ: لا تؤكُلُ؛ لتنجُّسِها بها.

ولا حَدَّ عليه ما لم يَسكَرْ منه؛ لأنه أصابه الطبخُ.

ويكره أَكْلُ خُبزٍ عُجِنَ عجينُه بالخمر؛ لقيام أجزاءِ الخمر فيه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ
في طَبْخِ العصير

. . . .

فصلٌ
في طَبْخِ العصير(١)

الأصلُ: أنَّ ما ذَهَبَ بغَلَيَانه(٢) بالنار، وقَذْفِه بالزَّبَد: يُجعَلُ كأنْ لم يكن، ويُعتبرُ ذهابُ ثُلُثي ما بقيَ؛ ليَحِلَّ الثلثُ الباقي.

بيانُه: عشرةُ دَوَارِقَ من عصيرٍ طُبِخَ، فذَهَبَ دَوْرقٌ بالزَّبَد: يُطبَخُ الباقي حتىٰ يَذهبَ ستةُ دوارقَ، ويَبقىٰ الثلاثُ: فيَحِلُّ؛ لأن الذي يذهبُ زَبَداً: هو العصيرُ، أو ما يُمازِجُه.

وأيّاً ما كان: جُعِلَ كأنَّ العصيرَ تسعةُ دوارقَ، فيكون ثُلُثُها: ثلاثةُ دوارق.

وأصلٌ آخَرُ: أنَّ العصيرَ إذا صُبَّ عليه ماءٌ قبلَ الطبخ، ثم طُبِخَ بمائه: إن كان الماءُ أسرعَ ذهاباً لرِقَّته ولَطَافته: يُطبَخُ الباقي بعد ما ذهب

---

(١) قال في البناية ١١٤/١٥: ما في هذا الفصل ليس بمذكورٍ في الجامع الصغير، ولا في مختصر القدوري، وإنما هو مذكورٌ في المباسيط.

(٢) أي ما ذهب من القِدْر من غاية الغليان، وقذفه بالزبد: لا يعتبر. البناية ١٤١/١٥، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: أي ما ذهب زَبَدُه بواسطة الغليان، لا أن ينتقصَ بالغليان.

. . . .

مقدارُ ما صُبَّ فيه من الماء، حتىٰ يذهبَ ثلثاه؛ لأن الذاهبَ الأولَ: هو الماءُ، والثاني: هو العصيرُ، فلا بدَّ من ذهاب ثلثي العصير.

وإن كانا يذهبان معاً: تُغلَىٰ الجملةُ حتىٰ يَذهبَ ثلثاها، ويبقىٰ ثُلُثُها: فيَحِلُّ؛ لأنه ذَهَبَ الثلثان ماءً وعصيراً، والثلثُ الباقي: ماءٌ وعصيرٌ، فصار كما إذا صُبَّ الماءُ فيه بعد ما ذَهَبَ من العصير بالغَلْي ثلثاه.

بيانُه: عشرةُ دوارقَ من عصيرٍ، وعشرون دورقاً من ماءٍ، ففي الوجه الأول: يُطبَخُ حتىٰ يبقىٰ تُسْعُ الجملةِ؛ لأنه ثُلُثُ العصير.

وفي الوجه الثاني: حتىٰ يذهبَ ثلثا الجملة؛ لِمَا قلنا.

والغَلْيُ بدَفْعةٍ[1] ودَفَعَاتٍ: سواءٌ، إذا حَصَلَ قبلَ أن يصيرَ مُحَرَّماً.

ولو قُطِعَ عنه النارُ، فغَلَىٰ حتىٰ ذَهَبَ الثلثان: يَحِلُّ؛ لأنه أثرُ النار.

وأصلٌ آخَرُ: أن العصيرَ إذا طُبِخَ، فذَهَبَ بعضُه، ثم أُهرِيْقَ بعضُه: كم تُطبَخُ البقيةُ حتىٰ يَذهبَ الثلثان؟

فالسبيلُ فيه: أن تَأخذَ ثُلُثَ الجميع، فتَضرِبَه في الباقي بعد المُنْصَبِّ، ثم تقسِمَه علىٰ ما بقِيَ بعد ذهابِ ما ذَهَبَ بالطبخ قبلَ أن يَنصَبَّ منه شيءٌ، فما يَخرجُ بالقسمة: فهو حلالٌ.

بيانُه: عشرةُ أرطالِ عصيرٍ، طُبِخَ حتىٰ ذَهَبَ رطْلٌ، ثم أُهريقَ منه ثلاثةُ أرطال: تأخذُ ثُلُثَ العصيرِ كلِّه، وهو ثلاثةٌ وثلثٌ، وتَضربُه فيما بقي بعد

---

(١) أي واحدةٍ.

. . . .

المُنْصَبِّ، وهو ستةٌ: فيكونُ عشرين.

ثم تَقسِمُ العشرين علىٰ ما بقيَ بعد ما ذَهَبَ بالطبخ منه قبلَ أن يَنْصَبَّ منه شيءٌ، وذلك تِسعةٌ، فيَخرجُ لكلِّ جزءٍ من ذلك اثنان وتُسْعان، فعَرَفْتَ أن الحلالَ فيما بقيَ منه: رِطلان وتُسْعان.

وعلىٰ هذا تُخرَّجُ المسائلُ.

ولها طريقٌ آخَرُ، وفيما اكتفينا به كفايةٌ وهدايةٌ إلىٰ تخريج غيرِها من المسائل، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب الصَّيْد

. . . .

كتاب الصَّيْد

قال رضي الله عنه: الصيدُ: الاصطيادُ، ويُطلَقُ علىٰ ما يُصادُ.

والفعلُ[1]: مباحٌ لغير المُحْرِمِ في غير الحَرَمِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ ﴾. المائدة/٢.

ولقوله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾. المائدة/٩٦.

ولقوله عليه الصلاة والسلام لعَدِيِّ بن حاتمٍ الطائِيِّ رضي الله عنه: «إذا أرسلتَ كلبَكَ المعلَّمَ، وذَكَرْتَ اسمَ اللهِ تعالىٰ عليه: فكُلْ، وإن أكَلَ منه: فلا تأكُلْ؛ لأنه إنما أمسَكَ علىٰ نفسِه.

وإن شارَكَ كلبَكَ كلبٌ آخَرُ: فلا تأكل، فإنكَ إنما سمَّيتَ علىٰ كلبِكِ، ولم تُسَمِّ علىٰ كلبِ غيرِك»[2].

وعلىٰ إباحته انعقد الإجماعُ.

ولأنه نوعُ اكتسابٍ، وانتفاعٌ بما هو مخلوقٌ لذلك.

---

(١) أي فعل الاصطياد.

(٢) صحيح البخاري (٧٣٩٧)، صحيح مسلم (١٩٢٩).

. . . .

وفيه استبقاءُ المكلَّفِ[١]، وتمكُّنُه من إقامة التكاليف، فكان مباحاً، بمنزلة الاحتطاب.

ثم جملةُ ما يحويه الكتاب[٢] فصلان:

أحدُهما: في الصيد بالجوارح، والثاني: في الاصطياد بالرَّمي.

* * * * *

---

(١) لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعه: يَهلك. البناية ١٤٨/١٥.

(٢) أي كتاب الصيد.

فصلٌ في الجوارِح

ويجوز الاصطيادُ بالكلبِ المعلَّم، والفهدِ، والبازِيْ، وسائرِ الجوارِحِ المعلَّمة.

وفي «الجامع الصغير»: وكلُّ شيءٍ علَّمْتَه من ذِي نابٍ من السباع، وذي مِخلَبٍ من الطيور: فلا بأسَ بصيدِه، ولا خيرَ فيما سوىٰ ذلك إلا أن تُدرِكَ ذكاتَه.

فصلٌ في الجوارِح

قال: (ويجوز الاصطيادُ بالكلبِ المعلَّم، والفهدِ، والبازِيْ، وسائرِ الجوارِحِ المعلَّمة.

وفي «الجامع الصغير[1]»: وكلُّ شيءٍ علَّمْتَه من ذِي نابٍ من السباع، وذي مِخلَبٍ من الطيور[2]: فلا بأسَ بصيدِه، ولا خيرَ[3] فيما سوىٰ ذلك إلا أن تُدرِكَ ذكاتَه).

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾. المائدة/٤.

---

(١) ص٢٦٣.

(٢) وفي نُسخ: الطير.

(٣) أي لا يجوز. البناية ١٥/١٤٩.

. . . .

والجوارحُ: الكواسِبُ[١]، في تأويلٍ[٢].

والمكلِّبِيْن: المُسَلِّطين[٣]، فيتناولُ الكلَّ بعمومه.

دلَّ عليه[٤]: ما روينا من حديث عَدِيٍّ بن حاتم رضي الله عنه.

واسمُ الكلبِ: في اللغة: يقعُ علىٰ كلِّ سَبُعٍ، حتىٰ الأسدَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه استثنىٰ من ذلك الأسدَ، والدُّبَّ؛ لأنهما لا يَعمَلان لغيرهما، أما الأسدُ: لعُلُوِّ هِمَّته، والدُّبُّ: لخَسَاستِه.

وأَلْحَقَ بهما بعضُهم: الحِدَأَةَ؛ لخساستها[٥].

والخنزيرُ: مستثنىً؛ لأنه نَجِسُ العين، لا[٦] يجوز الانتفاعُ به.

ثم لا بدَّ من التعليم؛ لأن ما تلَوْنا من النص ينطِقُ باشتراط التعليم، والحديثِ: به، وبالإرسال[٧].

---

(١) من سباع البهائم والطير، كالكلب والفهد والنمر والصقر والبازي، سمِّيت: كواسب: لأنها كواسبُ بنفسها، يقال: جَرَحَ: إذا كَسِبَ، ومنه قوله سبحانه: ﴿ وَيَعْلَمُ مَاجَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ ﴾. الأنعام/ ٦٠، أي ما كسبتم في الأيام. البناية ١٥/ ١٤٩.

(٢) قيِّد به؛ لأنه في تأويلٍ آخر: هي التي تجرح.

(٣) أي المسلِّطين الجوارحَ علىٰ الصيد.

(٤) أي علىٰ العموم.

(٥) وفي نُسخ: لخساسته.

(٦) وفي نُسخ: ولا.

(٧) أي وينطق الحديثُ باشتراط التعليم، وينطق باشتراط الإرسال.

وتعليمُ الكلب : أن يَترُكَ الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ، وتعليمُ البازي : أن يرجعَ، ويُجيبَ إذا دَعوتَه.

ولأنه إنما يَصيرُ آلةً: بالتعليم؛ ليكونَ عامِلاً له، فيترسَّلُ بإرساله، ويُمْسِكُه عليه.

قال: (وتعليمُ الكلب: أن يَترُكَ الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ، وتعليمُ البازي: أن يرجعَ، ويُجيبَ إذا دَعوتَه).

وهو مأثورٌ عن ابنِ عباسٍ رضي الله عنهما[1].

ولأن بَدَنَ البازيْ: لا يحتملُ الضربَ، وبَدَنَ الكلبِ: يحتملُه، فيُضرَبُ ليتركَ الأكلَ.

ولأنَّ آيةَ التعليمِ[2]: تَرْكُ ما هو مألوفُه عادةً، والبازيْ متوحِّشٌ متنفِّرٌ، فكانتِ الإجابةُ آيةَ تعليمه.

أما الكلبُ فهو أَلُوفٌ، يعتادُ الانتهابَ، فكان آيةُ تعليمِه: تَرْكَ مألوفِه، وهو الأكلُ والاستلابُ.

ثم شُرِطَ تَرْكُ الأكلِ ثلاثاً، وهذا عندهما، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن فيما دونَه مزيدَ الاحتمالِ، فلعله تَركَه مرةً أو مرتين شِبَعاً،

---

(١) قال في نصب الراية ٣١٤/٤: غريب، وفي الدراية ٢٥٤/٢: لم أجده، وتعقبهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٧، التعريف والإخبار ١٠/٤، فقال: رواه محمد في الآثار، والأصل.

(٢) وفي نُسخ: التعلُّم.

. . . .

فإذا تَرَكَه ثلاثاً: دلَّ علىٰ أنه صار عادةً له.

وهذا لأنَّ الثلاثَ: مدةٌ ضُرِبتْ للاختبار، وإبلاءِ الأعذار، كما في مدة الخِيَار[1]، وفي بعض قصص الأخيار[2].

ولأن الكثيرَ: هو الذي يقعُ أمارةً علىٰ العلم، دون القليل، والجَمْعُ: هو الكثيرُ، وأدناه: الثلاثُ، فقُدِّرَ بها.

وعند أبي حنيفة رحمه الله، علىٰ ما ذَكَرَ في «الأصل»: لا يثبتُ التعليمُ ما لم يَغلِبْ علىٰ ظنِّ الصائدِ أنه معلَّمٌ، ولا يُقدَّرُ بالثلاث؛ لأن المقاديرَ لا تُعرَفُ اجتهاداً، بل نصَّاً وسماعاً، ولا سَمْعَ، فيُفوَّضُ إلىٰ رأي المبتلَىٰ به، كما هو أصلُه[3] في جنسِها.

وعلىٰ الروايةِ الأُولىٰ عنده: يَحِلُّ ما اصطاده ثالثاً.

وعندهما: لا يَحِلُّ؛ لأنه إنما يصيرُ معلَّماً بعد تمامِ الثلاث، وقبلَ التعليم: غيرُ معلَّمٍ، فكان الثالثُ صيدَ كلبٍ جاهلٍ، وصار كالتصرُّفِ

---

(١) أي خيار البيع والشراء؛ لأنها ثلاثة أيام.

(٢) أراد قصة موسىٰ والخَضِر عليهما الصلاة والسلام، حيث قال موسىٰ للخضر في المرة الثالثة: ﴿ إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي ﴾. الكهف/٧٦، وأمثال ذلك كثيرةٌ.

(٣) أي أصل الإمام أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير، نحو حَبْس الغريم، وحدِّ التقادم، وتقدير ما غَلَبَ في نَزْح ماءِ البئر المَعِينة. الكفاية ٤٧/٩، البناية ١٥/١٥٤.

وإذا أرسل كلبَه المعلَّمَ أو بازِيَه، وذَكَرَ اسمَ الله تعالىٰ عند إرساله، فأَخَذَ الصيدَ، وجَرَحَه، فمات: حَلَّ أكلُه.

المباشِر في سكوت المولىٰ[١].

وله: أنه آيةُ تعليمِه عنده، فكان هذا صيدَ جارحةٍ معلَّمةٍ.

بخلاف تلك المسألة؛ لأن الإذنَ إعلامٌ، ولا يتحقَّقُ دونَ علمِ العبد، وذلك بعد المباشرة.

قال: (وإذا أرسل كلبَه المعلَّمَ أو بازِيَه، وذَكَرَ اسمَ الله تعالىٰ عند إرساله، فأَخَذَ الصيدَ، وجَرَحَه، فمات: حَلَّ أكلُه)؛ لِمَا روينا من حديث عَدِيٍّ[٢] رضي الله عنه.

ولأنَّ الكلبَ أو البازيَ آلةٌ، والذبحُ لا يحصلُ بمجرد الآلةِ، إلا بالاستعمال، وذلك فيهما بالإرسال، فنُزِّلَ منزلةَ الرمي، وإمرارِ السكِّيْن، فلا بدَّ من التسمية عنده.

ولو تَرَكَه ناسياً: حَلَّ أيضاً، علىٰ ما بيَّنَّاه، وحُرمةَ متروكِ التسمية عامداً في الذبائح[٣].

---

(١) يعني إذا رأىٰ المولىٰ العبدَ يتصرَّفُ، فسكت: يكون إذناً له فيما بعد، والتصرفُ الذي يباشرُه: غيرُ صحيحٍ، بالاتفاق. البناية ١٥/١٥٤.

(٢) تقدم في أول الصيد.

(٣) أي بيَّن المسألتين، وهما: ما لو تركه ناسياً، وبيَّن حرمةَ متروك التسمية عمداً في كتاب الذبائح، وينظر ما نقلتُه في حِلِّه عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

فإن أَكَلَ منه الكلبُ أو الفهدُ : لم يُؤكَلْ، وإن أَكَلَ منه البازِي : أُكِلَ.

ولا بدَّ من الجَرحِ، في ظاهر الرواية؛ لتتحقَّقَ الذكاةُ الاضطراريةُ، وهي الجَرْحُ في أيِّ موضعٍ كان من البَدَن، بانتساب ما وُجِدَ من الآلة إليه بالاستعمال[١].

وفي ظاهر قولِه تعالىٰ: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ ﴾. المائدة/٤: ما يُشيرُ إلىٰ اشتراطِ الجَرْحِ، إذ هو من الجَرْحِ: بمعنىٰ الجراحة، في تأويلٍ[٢]، فيُحمَلُ علىٰ الجارحِ الكاسبِ بنابِه ومِخلَبِه، ولا تنافيَ، وفيه أَخْذٌ باليقين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُشترطُ؛ رجوعاً إلىٰ التأويل الأول.

وجوابُه: ما قلناه.

قال: (فإن أَكَلَ منه الكلبُ أو الفهدُ: لم يُؤكَلْ، وإن أَكَلَ منه البازِي: أُكِلَ)، والفرقُ ما بيَّنَّاه في دلالة التعليم.

وهو مؤيَّدٌ بما رويناه من حديث عَدِيٍّ رضي الله عنه.

وهو حُجَّةٌ علىٰ مالكٍ[٣]، وعلىٰ الشافعيِّ[٤] رحمهما الله في قولِه القديم، في إباحة ما أَكَلَ الكلبُ منه.

---

(١) أي إلىٰ الصائد. البناية ١٥/١٥٧.

(٢) لا بمعنىٰ الجرح الذي هو الكسب، علىٰ أحد التأويلين.

(٣) التلقين ص٧٩.

(٤) كفاية النبيه ٨/١٨٠.

ولو أنه صاد صُيُوداً، ولم يَأكلْ منها، ثم أَكَلَ من صيدٍ: لا يُؤكلُ هذا الصيدُ.

قال: (ولو أنه صاد[١] صُيُوداً، ولم يَأكلْ منها، ثم أَكَلَ من صيدٍ: لا يُؤكلُ هذا الصيدُ)؛ لأنه علامةُ الجهل، ولا ما يصيدُه بعدَه حتىٰ يصيرَ معلَّماً، علىٰ اختلاف الروايات[٢]، كما بيَّنَّاها في الابتداء.

وأما الصُّيُودُ التي أَخَذَها من قَبْلُ: فما أَكَلَ منها: لا تَظهرُ الحُرْمةُ فيه؛ لانعدام المَحَلِّية[٣].

وما ليس بمُحْرَزٍ، بأن كان في المَفازةِ، بأن لم يَظفَرْ به صاحبُه[٤] بعدُ: تثبتُ الحُرْمةُ فيه، بالاتفاق.

وما هو مُحْرَزٌ في بيته: يَحرُمُ عنده، خلافاً لهما.

هما يقولان: إنَّ الأكلَ لا يدلُّ علىٰ الجهل فيما تقدم؛ لأن الحِرفةَ قد تُنسَىٰ.

ولأن فيما أَحرزه قد أُمضِيَ الحُكمُ فيه بالاجتهاد، فلا يُنقَضُ باجتهادٍ مثلِه؛ لأن المقصودَ قد حَصَلَ بالأول.

بخلاف غيرِ المُحرَزِ؛ لأنه ما حَصَلَ المقصودُ من كل وجهٍ؛ لبقائه صيداً من وجهٍ؛ لعدم الإحراز، فحرَّمناه احتياطاً.

---

(١) أي الكلب.

(٢) فعند أبي حنيفة رحمه الله: بالاجتهاد، وعندهما: بترك الأكل ثلاثاً.

(٣) لأن الحكم بالحرمة لا يُتصوَّرُ إلا في محلٍّ قائمٍ، وقد فات المحلُّ بالأكل.

(٤) قوله: بأن لم يظفر به صاحبُه: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ولو أن صَقْراً فَرَّ من صاحبِه، فمَكَثَ حِيناً، ثم صاد: لا يُؤكَلُ صيدُه.

ولو شَرِبَ الكلبُ من دمِ الصيدِ، ولم يَأكلْ منه: أُكِلَ.

ولو أَخَذَ الصيدَ من الكلبِ المعلَّمِ، ثم قَطَعَ منه قطعةً،.........

وله: أنه آيةُ جهلِه من الابتداء؛ لأن الحِرْفةَ لا يُنسَىٰ أصلُها، فإذا أَكَلَ: تبيَّن أنه كان تَرْكُه الأكلَ للشِّبَع، لا للعلم.

وتبدَّلَ الاجتهادُ[1] قبلَ حصولِ المقصود[2] بالأكل[3]، فصار كتبدُّل اجتهادِ القاضي قبلَ القضاء.

قال: (ولو أن صَقْراً فَرَّ من صاحبِه، فمكَثَ حِيناً، ثم صاد: لا يُؤكَلُ صيدُه)؛ لأنه تَرَكَ ما صار به عالِماً، فيُحكَمُ بجهلِه، كالكلب إذا أَكَلَ من الصيد.

قال: (ولو شَرِبَ الكلبُ من دمِ الصيدِ، ولم يَأكلْ منه: أُكِلَ)؛ لأنه مُمْسِكٌ للصيد عليه، وهذا من غايةِ علمِه، حيثُ شَرِبَ ما لا يَصلُحُ لصاحبه، وأمسكَ عليه ما يَصلُحُ له.

قال: (ولو أَخَذَ[4] الصيدَ من الكلبِ المعلَّمِ، ثم قَطَعَ منه قطعةً،

---

(١) وضُبطت في نُسخ أخرىٰ هكذا: وتَبَدُّلُ الاجتهاد.

(٢) هذا جوابٌ عما قالا: ولأن فيما أحرزه قد أمضىٰ... البناية ١٥/ ١٦٠.

(٣) وفي نُسخ: لأنه بالأكل.

(٤) أي صاحب الكلب.

وألقاها إليه، فأَكَلَها : يُؤكَلُ ما بقيَ.

ولو نَهَسَ الكلبُ الصيدَ، فقَطَعَ منه بَضْعةً، فأكَلَها، ثم أدرك الصيدَ، فقتَلَه، ولم يأكلْ منه : لم يُؤكَلْ.

ولو ألقىٰ ما نَهَسَه، واتَّبَعَ الصيدَ، فقتَلَه، ولم يأكل منه، وأَخَذَه صاحبُه، ثم مَرَّ بتلك البَضعةِ، فأَكَلَها : يُؤكَلُ الصيدُ.

وألقاها إليه، فأَكَلَها: يُؤكَلُ ما بقيَ)؛ لأنه لم يبقَ صيداً، فصار كما إذا ألقىٰ إليه طعاماً غيرَه.

وكذا إذا وَثَبَ الكلبُ، فأخذه منه[١]، وأَكَلَ منه؛ لأنه ما أَكَلَ من الصيد، والشرطُ: تَرْكُ الأكلِ من الصيد، فصار كما إذا افترس شاتَه.

بخلاف ما إذا فَعَلَ ذلك قبلَ أن يُحرِزَه المالكُ؛ لأنه بقيتْ فيه جهةُ الصيديَّة.

قال: (ولو نَهَسَ الكلبُ الصيدَ، فقَطَعَ منه بَضْعةً، فأكَلَها، ثم أدرك الصيدَ، فقتَلَه، ولم يأكلْ منه: لم يؤكَلْ)؛ لأنه صيدُ كلبٍ جاهلٍ، حيث أَكَلَ من الصيد.

قال: (ولو ألقىٰ ما نَهَسَه، واتَّبَعَ الصيدَ، فقتَلَه، ولم يأكل منه، وأَخَذَه صاحبُه، ثم مَرَّ بتلك البَضعةِ، فأَكَلَها: يُؤكَلُ الصيدُ)؛ لأنه لو أَكَلَ من نفسِ الصيد في هذه الحالة: لم يُضِرَّه، فإذا أَكَلَ ما بان منه، وهو لا يَحِلُّ لصاحبه: أَوْلىٰ.

---

(١) أي أخذ الكلبُ اليدَ من الصياد.

وإن أدرك المُرسِلُ الصيدَ حيّاً : وَجَبَ عليه أن يُذَكِّيَه، وإن تَرَكَ تذكيتَه حتىٰ مات : لم يُؤكَلْ، وكذا البازي، والسهمُ.

بخلاف الوجه الأول[١]؛ لأنه أَكَلَ في حالة الاصطياد، فكان جاهلاً مُمْسِكاً لنفسه.

ولأنَّ نَهْسَ البَضْعةِ قد يكون ليأكلَها، وقد يكونُ حِيْلةً في الاصطياد ليَضعُفَ بقَطْع البَضْعةِ[٢] منه، فيُدرِكَه، فالأكلُ قبلَ الأخذِ: يدلُّ علىٰ الوجه الأول، وبعدَه: علىٰ الوجه الثاني، فلا يدلُّ علىٰ جَهْلِه.

قال: (وإن أدرك المُرسِلُ الصيدَ حيّاً: وَجَبَ عليه أن يُذَكِّيَه، وإن تَرَكَ تذكيتَه حتىٰ مات: لم يُؤكَلْ، وكذا البازي[٣]، والسهمُ).

لأنه قَدَرَ علىٰ الأصل قبلَ حصولِ المقصود بالبدل، إذِ المقصودُ هو الإباحةُ، ولم تثبت قبلَ موته، فبَطَلَ حكمُ البدل.

وهذا إذا تمكَّن من ذَبْحِه، أما إذا وَقَعَ في يده ولم يتمكَّن من ذَبْحِه، وفيه من الحياة فوقَ ما يكونُ في المذبوح: لم يُؤكَلْ، في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه يَحِلُّ، وهو قولُ الشافعي[٤] رحمه الله؛ لأنه لم يَقدِرْ علىٰ الأصل، فصار كما إذا رأىٰ الماءَ ولم يَقدِرْ علىٰ الاستعمال.

---

(١) وهو ما إذا أكل البَضعة حين قَطعها.

(٢) وفي نُسخ: القطعة.

(٣) أي وكذا الحكم في التفصيل لو أدرك مرسِل البازي الصيدَ حياً... إلىٰ آخره.

(٤) تحفة المحتاج ٩/ ٣٣٠.

. . . .

ووجهُ الظاهر: أنه قَدَرَ اعتباراً؛ لأنه ثبتَتْ يدُه علىٰ المَذْبح[١]، وهو[٢] قائمٌ مَقامَ التمكُّن من الذبح، إذ لا يُمكنُ اعتبارُه[٣]؛ لأنه لا بدَّ له من مدةٍ، والناسُ يتفاوتون فيها علىٰ حَسَبِ تفاوتِهم في الكِياسة والهداية في أَمْر الذبح، فأُدِيرَ الحكمُ علىٰ ما ذكرنا.

بخلاف ما إذا بقيَ فيه من الحياة مثلَ ما يَبقىٰ في المذبوح؛ لأنه ميتٌ حُكْماً، ألا ترىٰ أنه لو وَقَعَ في الماء وهو بهذه الحالة: لا يَحرُم، كما إذا وَقَعَ وهو ميتٌ، والميتُ ليس بمَذْبَحٍ.

وفصَّل بعضُهم فيه تفصيلاً، وهو أنه إنْ لم يتمكَّنْ لفَقْدِ الآلة: لم يُؤكَلْ، وإن لم يتمكَّنْ لضِيْق الوقت: لم يُؤكَلْ عندنا.

خلافاً للشافعي[٤] رحمه الله.

لأنه إذا وَقَعَ في يده: لم يَبْقَ صيداً، فبَطَلَ حُكمُ ذكاةِ الاضطرار.

وهذا إذا كان يُتوَهَّمُ بقاؤه، أما إذا شَقَّ بطنَه، وأخرج ما فيه، ثم وَقَعَ في يد صاحبِه: حَلَّ؛ لأن ما بقيَ اضطرابُ المذبوح، فلا يُعتبرُ، كما إذا وقعتْ شاةٌ في الماء بعد ما ذُبِحَتْ.

---

(١) وفي نُسخ: المَذْبوح.

(٢) أي ثبوت يده علىٰ المذبح.

(٣) أي لا يمكن اعتبار التمكن من الذبح. البناية ١٥/١٦٤.

(٤) مغني المحتاج ٤/٢٧٨.

. . . .

وقيل: هذا قولهما.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلا يُؤكلُ أيضاً؛ لأنه وقع في يده حياً، فلا يَحِلُّ إلا بذكاةِ الاختيار، ردّاً[١] إلىٰ المتردِّية، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

هذا الذي ذكرنا إذا تَرَكَ التذكيةَ، فلو أنه ذكَّاه: حَلَّ أَكْلُه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكذا[٢] المتردِّيةُ، والنَّطيحةُ، والمَوْقوذةُ[٣]، والذي بَقَرَ الذئبُ بطنَه، وفيه حياةٌ خفيةٌ أو بيِّنَةٌ، وعليه الفتوىٰ؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾. المائدة/٣، استثناه مطلَقاً من غير فَصْلٍ[٤].

وعند أبي يوسف رحمه الله: إذا كان بحالٍ لا يعيشُ مثلُه: لا يَحِلُّ؛ لأنه لم يكن موتُه بالذبح.

وقال محمدٌ رحمه الله: إن كان يعيشُ فوقَ ما يعيشُ المذبوحُ: يَحِلُّ، وإلا: فلا؛ لأنه لا معتبرَ بهذه الحياة، علىٰ ما قرَّرناه.

---

(١) أي قياساً.

(٢) أي يُؤكَلُ عند أبي حنيفة، ولا يُؤكَلُ عند الصاحبين إن كانت الحياة خفية.

(٣) التي ضُربت بحجر أو عصاً حتىٰ ماتت.

(٤) فوجب العمل بالإطلاق.

ولو أَدْرَكَه، ولم يأخُذْه، فإن كان وقتٌ لو أَخَذَه أمكنه ذَبْحُه : لم يُؤكَلْ.

وإن كان لا يُمكِنُه ذَبْحُه : أُكِلَ.

وإن أدركه، فذكَّاه : حَلَّ له.

وإذا أَرسَلَ كلبَه المعلَّمَ علىٰ صيدٍ، وأَخَذَ غيرَه : حَلَّ.

قال: (ولو أَدْرَكَه، ولم يأخُذْه، فإن كان وقتٌ لو أَخَذَه أمكنه ذَبْحُه: لم يُؤكَلْ)؛ لأنه صار في حُكمِ المقدورِ عليه.

(وإن كان لا يُمكِنُه ذَبْحُه: أُكِلَ)؛ لأنَّ اليدَ لم تثبتْ به، والتمكُّنُ من الذبح لم يوجد.

قال: (وإن أدركه، فذكَّاه: حَلَّ له)؛ لأنه إن كان فيه حياةٌ مستقرَّةٌ: فالذكاةُ وقعت موقعَها، بالإجماع.

وإن لم تكنْ فيه حياةٌ مستقرَّةٌ: فعند أبي حنيفة رحمه الله: ذكاتُه الذبحُ، علىٰ ما ذكرناه، وقد وُجِدَ.

وعندهما: لا يُحتاج إلىٰ الذبح.

قال: (وإذا أَرسَلَ كلبَه المعلَّمَ علىٰ صيدٍ، وأَخَذَ غيرَه: حَلَّ).

وقال مالكٌ[1] رحمه الله: لا يَحِلُّ؛ لأنه أَخَذَه بغير إرسال؛ إذِ الإرسالُ مختَصٌّ بالمُشار إليه.

---

(١) التلقين ص٧٩.

ولو أرسله علىٰ صيدٍ كثيرٍ، وسمَّىٰ مرةً واحدةً حالةَ الإرسال، فلو قَتَلَ الكلَّ: يَحِلُّ بهذه التسميةِ الواحدة.

ومَن أرسل فهداً، فكَمَنَ حتىٰ يَستمْكِنَ، ثم أَخَذَ الصيدَ، فقتَلَه: يُؤكَلُ.

وكذا الكلبُ إذا اعتاد عادتَه.

ولنا: أنه شَرْطٌ غيرُ مفيدٍ؛ لأن مقصودَه حصولُ الصيدِ، لا عينُ ما عيَّنه[1]، ولا يَقدِرُ علىٰ الوفاءِ به؛ إذْ لا يُمكنُه تعليمُه علىٰ وجهٍ يأخذُ ما عيَّنَه، فسَقَطَ اعتبارُه.

قال: (ولو أرسله علىٰ صيدٍ كثيرٍ، وسمَّىٰ مرةً واحدةً حالةَ الإرسال، فلو قَتَلَ الكلَّ: يَحِلُّ بهذه التسميةِ الواحدة)؛ لأن الذبحَ يقعُ بالإرسال، علىٰ ما بيَّنَّاه، ولهذا تُشترطُ التسميةُ عنده، والفعلُ واحدٌ، فتكفيه تسميةٌ واحدةٌ.

بخلاف ذَبْحِ الشاتَيْن بتسميةٍ واحدةٍ؛ لأنَّ الثانيةَ تصيرُ مذبوحةً بفعلٍ غيرِ الأول، فلا بدَّ من تسميةٍ أخرىٰ، حتىٰ لو أضجعَ إحداهما فوقَ الأخرىٰ، وذَبَحَهما بمَرَّةٍ واحدةٍ: تَحِلاَّن بتسميةٍ واحدةٍ.

قال: (ومَن أرسل فهداً، فكَمَنَ حتىٰ يَسْتَمكِنَ، ثم أَخَذَ الصيدَ، فقتَلَه: يُؤكَلُ)؛ لأنَّ مُكْثَه ذلك حِيْلةٌ منه للصيد، لا استراحةٌ، فلا يَقطعُ الإرسالَ.

قال: (وكذا الكلبُ إذا اعتاد عادتَه.

---

(١) قوله: لا عينُ ما عيَّنه: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

ولو أَخَذَ الكلبُ صيداً، فقتَلَه، ثم أَخَذَ آخَرَ، فقتَلَه وقد أَرسلَه صاحبُه : أُكِلا جميعاً.

ولو قَتَلَ الأولَ، فجَثَمَ عليه طويلاً من النهار، ثم مَرَّ به صيدٌ آخَرُ، فقتَلَه : لا يُؤكَلُ الثاني.

ولو أرسل بازِيَه المعلَّمَ علىٰ صيدٍ، فوَقَعَ علىٰ شيءٍ، ثم اتَّبَعَ الصيدَ، فأَخَذَه، وقتَلَه : فإنه يُؤكَلُ.

ولو أنَّ بازِياً معلَّماً أَخَذَ صيداً، فقتَلَه، ولا يُدرَىٰ أرسله إنسانٌ أَوْ لا : لا يُؤكَلُ.

ولو أَخَذَ الكلبُ صيداً، فقتَلَه، ثم أَخَذَ آخَرَ، فقتَلَه وقد أَرسلَه صاحبُه: أُكِلا جميعاً)؛ لأن الإرسالَ قائمٌ لم ينقطع، وهو بمنزلة ما لو رمىٰ سهماً إلىٰ صيدٍ، فأصابه وأصابَ آخَرَ.

قال: (ولو قَتَلَ الأولَ، فجَثَمَ عليه طويلاً من النهار، ثم مَرَّ به صيدٌ آخَرُ، فقتَلَه: لا يُؤكَلُ الثاني)؛ لانقطاع الإرسالِ بمُكْثه، إذ لم يكن ذلك حِيْلةً منه للأخذ، وإنما كان استراحةً، بخلاف ما تقدَّم.

قال: (ولو أرسل بازِيَه المعلَّمَ علىٰ صيدٍ، فوَقَعَ علىٰ شيءٍ، ثم اتَّبَعَ الصيدَ، فأَخَذَه، وقتَلَه: فإنه يُؤكَلُ).

وهذا إذا لم يَمكُثْ زماناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكَثَ ساعةً للكَمِين؛ لِمَا بيَّنَّاه في الكلب.

قال: (ولو أنَّ بازِياً معلَّماً أَخَذَ صيداً، فقتَلَه، ولا يُدرَىٰ أرسله إنسانٌ أَوْ لا: لا يُؤكَلُ)؛ لوقوع الشكِّ في الإرسال، ولا تثبتُ الإباحةُ بدونه.

وإن خَنَقَه الكلبُ، ولم يَجْرَحْه : لم يُؤكَل.

وإن شاركَه كلبٌ غيرُ معلَّمٍ، أو كلبُ مجوسيٍّ، أو كلبٌ لم يُذكَرِ اسمُ الله تعالىٰ عليه، يريدُ به عمداً : لم يُؤكَل.

قال: (وإن خَنَقَه الكلبُ، ولم يَجْرَحْه: لم يُؤكَل)؛ لأن الجَرْحَ شَرْطٌ، علىٰ ظاهر الرواية، علىٰ ما ذكرناه.

وهذا يدلُّكَ علىٰ أنه لا يَحِلُّ بالكَسْرِ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا كَسَرَ عضواً، فقتَلَه: لا بأس بأكْله؛ لأنه جراحةٌ باطنةٌ، فهي كالجراحة الظاهرة.

وجهُ الأول: أنَّ المعتبرَ جَرْحٌ يَنتهضُ سبباً لإنهار الدم، ولا يحصُلُ ذلك بالكسر، فأشبه التخنيقَ.

قال: (وإن شاركَه كلبٌ غيرُ معلَّمٍ، أو كلبُ مجوسيٍّ، أو كلبٌ لم يُذكَرِ اسمُ الله تعالىٰ عليه، يريدُ به عمداً: لم يُؤكَل)، لِمَا روينا في حديث عَدِيٍّ رضي الله عنه[1].

ولأنه اجتمع المُبيحُ والمُحرِّمُ، فتُغلَّبُ جهةُ الحُرمة نصّاً، أو احتياطاً.

ولو ردَّه عليه[2] الكلبُ الثاني، ولم يَجرَحْه معه، ومات بجَرْح الأولِ: يُكره أكلُه؛ لوجود المشاركةِ في الأَخْذ، وفَقْدِها في الجَرْح.

---

(١) المتقدِّم في أول كتاب الصيد، وهو في الصحيحين.

(٢) أي علىٰ الكلب الأول.

وإذا أرسل المسلمُ كلبَه، فزَجَرَه مجوسيٌّ، فانزجر بزَجْرِه : فلا بأسَ بصيدِه.

ولو أرسَلَه مجوسيٌّ، فزَجَرَه مسلمٌ، فانزجر بزَجْره : لم يُؤكَلْ.

وهذا بخلاف ما إذا رَدَّه المجوسيُّ عليه بنفسه، حيث لا يكره؛ لأن فِعْلَ المجوسيِّ ليس من جنس فعلِ الكلبِ، فلا تتحقَّقُ المشاركةُ، وتتحقَّقُ بين فِعلَيِ الكلبَيْن؛ لوجود المجانسة.

ولو لم يَرُدَّه الكلبُ الثاني علىٰ الأول، لكنه اشتدَّ علىٰ الأول حتىٰ اشتدَّ علىٰ الصيد، فأخَذَه، وقتَلَه: لا بأس بأكْله؛ لأن فِعلَ الثاني أثَّرَ في الكلبِ المرسَلِ، دونَ الصيد، حيث ازداد به طَلَباً، فكان تَبَعاً لفعله؛ لأنه بناءٌ عليه، فلا يُضافُ الأخذُ إلىٰ التَّبَع.

بخلاف ما إذا كان ردَّه عليه؛ لأنه لم يَصِرْ تَبَعاً، فيضافُ إليهما.

قال: (وإذا أرسل المسلمُ كلبَه، فزَجَرَه مجوسيٌّ، فانزجر بزَجْرِه: فلا بأسَ بصيدِه).

والمرادُ بالزَّجْر: الإغراءُ بالصِّياح عليه، وبالانزجارِ: إظهارُ زيادةِ الطلب.

ووَجْهُه: أن الفعلَ يُرفَعُ بما هو فوقَه أو مِثْلُه، كما في نَسْخِ الآي، والزَّجْرُ دونِ الإرسال؛ لكونه بناءً عليه.

قال: (ولو أرسَلَه مجوسيٌّ، فزَجَرَه مسلمٌ، فانزجر بزَجْره: لم يُؤكَلْ)؛ لأن الزَّجْرَ دونَ الإرسال، ولهذا لم تثبتْ به شُبهةُ الحُرْمة، فأَوْلىٰ أن لا يثبتَ به الحِلُّ.

وإن لم يُرسِلْه أحدٌ، فزَجَرَه مسلمٌ، وسمَّىٰ، فانزجر، فأَخَذَ الصيدَ: فلا بأسَ بأَكْله.

ولو أَرْسَلَ المسلمُ كلبَه علىٰ صيدٍ، وسمَّىٰ، فأدركه، فضَرَبَه، ووَقَذَه، ثم ضَرَبَه، فقتَلَه: أُكِلَ.

وكذا إذا أَرسل كلبَيْن، فوَقَذَه أحدُهما، ثم قَتَلَه الآخَرُ: أُكِلَ.

ولو أرسل رجلان كلٌّ واحدٍ منهما كلباً، فوَقَذَه أحدُهما، وقَتَلَه الآخَرُ: أُكِلَ.

وكلُّ مَن لا تجوزُ ذكاتُه، كالمرتدِّ، والمُحْرِمِ، وتاركِ التسميةِ عامداً في هذا: بمنزلة المجوسيِّ.

قال: (وإن لم يُرسِلْه أحدٌ، فزَجَرَه مسلمٌ، وسمَّىٰ، فانزجر، فأَخَذَ الصيدَ: فلا بأسَ بأَكْله)؛ لأن الزجرَ مثلُ الانفلات؛ لأنه إن كان دونَه من حيثُ إنه بناءٌ عليه: فهو فوقَه؛ من حيثُ إنه فِعْلُ المكلَّف، فاستويا، فصلُحَ ناسخاً.

قال: (ولو أَرْسَلَ المسلمُ كلبَه علىٰ صيدٍ، وسمَّىٰ، فأدركه، فضَرَبَه، ووَقَذَه، ثم ضَرَبَه، فقتَلَه: أُكِلَ.

وكذا إذا أَرسل كلبَيْن، فوَقَذَه أحدُهما، ثم قتَلَه الآخَرُ: أُكِلَ)؛ لأن الامتناعَ عن الجَرح بعد الجَرح: لا يدخلُ تحت التعليم، فجُعِلَ عَفْواً.

قال: (ولو أرسل رجلان كلٌّ واحدٍ منهما كلباً، فوَقَذَه أحدُهما، وقتَلَه الآخَرُ: أُكِلَ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

والمِلكُ: للأوَّل.

(والمِلكُ: للأوَّل)؛ لأن الأولَ أخرجه عن حَدِّ الصيديَّة، إلا أن الإرسالَ من الثاني: حَصَلَ علىٰ الصيد، والمعتبرُ في الإباحة والحُرمة: حالةُ الإرسال، فلم يَحرُم.

بخلاف ما إذا كان الإرسالُ من الثاني بعدَ الخروجِ[1] عن حَدَّ الصيديةِ بجَرْحِ الكلبِ الأول، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي خروج الصيد.

فصلٌ في الرَّمْي

ومَن سَمِعَ حِسًّاً ظَنَّه حِسَّ صيدٍ، فرماه، أو أرسل كلباً أو بازِياً عليه، فأصاب صيداً، ثم تبيَّنَ أنه حِسُّ صيدٍ : حَلَّ المُصابُ، أيَّ صيدٍ كان.

فصلٌ في الرَّمْي

قال[١]: (ومَن سَمِعَ حِسًّاً[٢] ظَنَّه حِسَّ صيدٍ، فرماه، أو أرسل كلباً أو بازِياً عليه، فأصاب صيداً، ثم تبيَّنَ أنه حِسُّ صيدٍ: حَلَّ المُصابُ، أيَّ صيدٍ كان)؛ لأنه قَصَدَ الاصطيادَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه خَصَّ من ذلك الخنزيرَ؛ لتَغَلُّظ التحريم؛ ألا ترىٰ أنه لا تَثبتُ الإباحةُ في شيءٍ منه، بخلاف السِّباع؛ لأنه يُؤثِّرُ في جِلْدِها[٣].

وزفرُ رحمه الله خَصَّ منها ما لا يُؤكَلُ لحمُه؛ لأن الإرسالَ فيه ليس للإباحة.

ووجهُ الظاهرِ: أن اسمَ الاصطياد لا يَختصُّ بالمأكول، فوَقَعَ الفعلُ اصطياداً، وهو فِعْلٌ مباحٌ في نفسه، وإباحةُ التناولِ تَرجعُ إلىٰ المَحَلِّ،

---

(١) ينبَّه هنا إلىٰ أن المصنِّف رحمه الله زاد في مسائل كتاب الصيد والرمي كثيراً عمَّا وَضَعَه أولاً في بداية المبتدي.

(٢) أي صوتاً خفيًّاً.

(٣) لأن الاصطياد يؤثر في طهارة جلد السباع.

وإن تبيَّن أنه حِسٌّ آدميٌّ، أو حيوانٍ أهليٍّ : لا يَحِلُّ المُصَابُ.

ولو رمىٰ إلىٰ طائرٍ، فأصاب صيداً، وفَرَّ الطائرُ، ولا يُدرَىٰ وَحْشيٌّ هو أو غيرُ وحشيٍّ : حَلَّ الصيدُ.

ولو رمىٰ إلىٰ بعيرٍ، فأصاب صيداً، ولا يدري نادٌّ هو أم لا : لا يَحِلُّ الصيدُ.

فتثبتُ بقَدرِ ما يقبلُه المحلُّ لحماً وجلداً، وقد لا تثبتُ إذا لم يقبَلْه، وإذا وَقَعَ اصطياداً: صار كأنه رمىٰ إلىٰ صيدٍ، فأصاب غيرَه.

قال: (وإن تبيَّن أنه حِسٌّ آدميٌّ، أو حيوانٍ أهليٍّ: لا يَحِلُّ المُصَابُ)؛ لأن الفعلَ ليس باصطيادٍ.

والطيرُ الدَّاجِنُ الذي يأوي البيوتَ: أهليٌّ[1].

والظبيُ المُوْثَقُ: بمنزلته؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو رمىٰ إلىٰ طائرٍ، فأصاب صيداً، وفَرَّ[2] الطائرُ، ولا يُدرَي وَحْشيٌّ هو أو غيرُ وحشيٍّ: حَلَّ الصيدُ)؛ لأن الظاهرَ فيه التوحُّشُ.

قال: (ولو رمىٰ إلىٰ بعيرٍ، فأصاب صيداً، ولا يُدرَي نادٌّ هو أم لا: لا يَحِلُّ الصيدُ)؛ لأن الأصلَ فيه الاستئناسُ.

---

(١) أي حكمه حكم حيوانٍ أهليٍّ، في أنه لا يَحِلُّ المصاب؛ لأن مأواه البيوت، وقد ثبتت اليد عليه. البناية ١٥/١٧٨.

(٢) وفي نُسخ: ومرَّ. بالميم، بدل الفاء.

ولو رمىٰ إلىٰ سمكةٍ أو جَرَادةٍ، فأصاب صيداً : يَحِلُّ في روايةٍ عن أبي يوسف رحمه الله .

وإذا سمَّىٰ الرجلُ عند الرمي : أُكِلَ ما أصاب إذا جَرَحَه السهمُ، فمات .

وإذا أدركه حياً : ذَكَّاه .

قال: (ولو رمىٰ إلىٰ سمكةٍ أو جَرَادةٍ، فأصاب صيداً: يَحِلُّ في روايةٍ عن أبي يوسف رحمه الله)؛ لأنه صيدٌ.

وفي روايةٍ أخرىٰ عنه: لا يَحِلُّ؛ لأنه لا ذكاةَ فيهما.

ولو رمىٰ، فأصاب المسموعَ حِسُّه، وقد ظنَّه آدمياً، فإذا هو صيدٌ: يَحِلُّ؛ لأنه لا معتبرَ بظنِّه مع تعيُّنه.

قال: (وإذا سمَّىٰ الرجلُ عند الرمي: أُكِلَ ما أصاب إذا جَرَحَه السهمُ، فمات)؛ لأنه ذابِحٌ بالرمي؛ لكون السهمِ آلةً له، فتُشترطُ التسميةُ عنده، وجميعُ البدنِ مَحَلٌّ لهذا النوعِ من الذكاة، ولا بدَّ من الجَرْحِ ليتحقَّقَ معنىٰ الذكاةِ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (وإذا أدركه حياً: ذَكَّاه)، وقد بيَّنَّاها بوجوهها، والاختلافِ فيها، في الفصل الأول[١]، فلا نعيدُه[٢].

---

(١) في فصل الجوارح.

(٢) أي الاختلاف.

وإذا وَقَعَ السهمُ بالصيد، فتحامَلَ حتىٰ غاب عنه، ولم يَزَلْ في طَلَبِه حتىٰ أصابَه ميتاً : أُكِلَ.

وإن قَعَدَ عن طَلَبِه، ثم أصابه ميتاً : لم يُؤكَلْ.

قال: (وإذا وَقَعَ السهمُ بالصيد، فتحامَلَ حتىٰ غاب عنه، ولم يَزَلْ في طَلَبِه حتىٰ أصابَه ميتاً: أُكِلَ.

وإن قَعَدَ عن طَلَبِه، ثم أصابه ميتاً: لم يُؤكَلْ).

لِمَا رُوِيَ عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه كَرِهَ أَكْلَ الصيدِ إذا غاب عن الرامي، وقال: «لعلَّ هَوَامَّ الأرضِ قَتَلَتْه»[1].

ولأنَّ احتمالَ الموتِ بسببٍ آخَرَ قائمٌ، فما ينبغي أن يَحِلَّ أَكْلُه؛ لأن الموهومَ في هذا: كالمتحقِّقِ؛ لِمَا روينا، إلا أَنَّا أسقطنا اعتبارَه ما دام في طَلَبِه؛ ضرورةَ أن لا يَعرىٰ الاصطيادُ عنه، ولا ضرورةَ فيما إذا قَعَدَ عن طَلَبِه؛ لإمكان التحرُّزِ عن توارٍ يكونُ بسببِ عمله.

والذي رويناه[2]: حجةٌ علىٰ مالكٍ[3] رحمه الله في قوله: إنَّ ما توارىٰ عنه إذا لم يَبِتْ: يَحِلُّ، فإذا باتَ ليلةً: لم يَحِلَّ.

---

(١) قال في نصب الراية ٤/٣١٤: روي مسنداً ومرسلاً، مرفوعاً في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٠٣٣)، سنن البيهقي ٩/٢٤١، الدراية ٢/٢٥٥.

(٢) وهو أنه صلىٰ الله عليه وسلم كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي.

(٣) التلقين ص٧٩.

وإذا رمىٰ صيداً، فوَقَعَ في الماء، أو وَقَعَ علىٰ سطحٍ، أو جبلٍ، ثم تردَّىٰ منه إلىٰ الأرض: لم يُؤْكَلْ.

وإن وَقَعَ علىٰ الأرضِ ابتداءً: أُكِلَ.

ولو وَجَدَ به جراحةً سوىٰ جراحةِ سهمِه: لا يَحِلُّ؛ لأنه موهومٌ يُمكِنُ الاحترازُ عنه، فاعتُبِرَ[1] مُحَرِّماً[2]، بخلاف وَهْمِ الهوامِّ.

والجوابُ في إرسال الكلب في هذا: كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه.

قال: (وإذا رمىٰ صيداً، فوَقَعَ في الماء، أو وَقَعَ علىٰ سطحٍ، أو جبلٍ، ثم تردَّىٰ منه إلىٰ الأرض: لم يُؤكَلْ)؛ لأنه المتردِّيةُ، وهي حرامٌ بالنصِّ.

ولأنه احتمل الموتَ بغير الرمي؛ إذِ الماءُ مُهلِكٌ.

وكذا السقوطُ من عُلْوٍ[3].

يؤيِّدُ ذلك: قولُه عليه الصلاة والسلام لعَدِيٍّ رضي الله عنه: «وإن وَقَعَتْ رَمِيَّتُكَ[4] في الماء: فلا تأكل، فإنك لا تدري أنَّ الماءَ قَتَلَه، أو سهمُك»[5].

قال: (وإن وَقَعَ علىٰ الأرضِ ابتداءً: أُكِلَ).

---

(١) أي فاعتُبر الموهوم محرِّماً للصيد. البناية ١٥/١٨٥.

(٢) وضُبطت في نُسخ بفتح الراء: محرَّماً.

(٣) وفي نُسخ: عالٍ، وفي نُسخ: جبل.

(٤) بتشديد الياء: أي الصيد.

(٥) سنن أبي داود (٢٨٥٠)، وبمعناه في صحيح مسلم (١٩٢٩).

. . . .

لأنه لا يُمكنُ الاحترازُ عنه، وفي اعتباره: سدُّ بابِ الاصطياد، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنه يمكنُ التحرُّزُ عنه.

فصار الأصلُ أنَّ سببَ الحُرْمةِ والحِلِّ إذا اجتمعا، وأمكنَ التحرُّزُ عما هو سببُ الحرمة: تُرَجَّحُ جهةُ الحُرْمةِ؛ احتياطاً، وإن كان مما لا يُمكِنُ التحرُّزُ عنه: جرىٰ وجودُه مَجْرىٰ عدمِه؛ لأن التكليفَ بحَسَبِ الوُسْع.

فمما يُمكنُ التحرُّزُ عنه: إذا وَقَعَ علىٰ شجرٍ أو حائطٍ أو آجُرَّةٍ، ثم وَقَعَ علىٰ الأرض، أو رماه وهو علىٰ جبلٍ، فتردَّىٰ من موضعٍ إلىٰ موضعٍ، حتىٰ تردَّىٰ إلىٰ الأرض، أو رماه فوقع علىٰ رُمْحٍ منصوب[1]، أو علىٰ قَصَبةٍ قائمةٍ، أو علىٰ حَرْفِ آجُرَّةٍ؛ لاحتمال أن حَدَّ[2] هذه الأشياءِ قتَلَه.

ومما لا يمكنُ الاحترازُ عنه: إذا وقع علىٰ الأرض، كما ذكرناه، أو علىٰ ما هو في معناه، كجبلٍ، أو ظَهْرِ بيتٍ، أو لَبِنَةٍ موضوعةٍ، أو صخرةٍ، فاستقرَّ عليها؛ لأن وقوعَه عليه وعلىٰ الأرض سواءٌ.

وذَكَرَ في «المنتقىٰ»: لو وَقَعَ علىٰ صخرةٍ، فانشقَّ بطنُه: لم يُؤكَلْ؛ لاحتمال الموتِ بسببٍ آخَرَ، وصحَّحه الحاكمُ الشهيد رحمه الله، وحَمَلَ مُطلَقَ المَرْوِيِّ في «الأصل» علىٰ غيرِ حالةِ الانشقاق.

---

(١) وفي نُسخ: منصوبةٍ. بالتأنيث. وبعد مراجعة طويلة في كتب اللغة وكتب المذكر والمؤنث لم أرَ من نصَّ علىٰ تذكير الرمح وتأنيثه، وبعد النظر في استعمال العرب للرمح في شعرهم، وكذلك ضمن كلام اللغويين: يمكن الجزم بأن الرمح مذكَّرٌ، والله أعلم.

(٢) وفي نُسخ: حِدَّة، وفي نُسخ أخرىٰ: أَحَدَ.

وما أصابَ المِعْراضُ بعَرْضِه : لم يُؤكَلْ، وإن جرَحَه : يُؤكَلُ.
ولا يُؤكَلُ ما أصابَتْه البُنْدُقَةُ، فمات بها.

وحَمَلَه شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ رحمه الله علىٰ ما إذا أصابه حَدُّ الصخرة، فانشقَّ بطنُه بذلك، وحَمَلَ المَرْوِيَّ في «الأصل» علىٰ أنه لم يُصِبْه من الآجُرَّةِ إلا ما يُصيبُه من الأرض لو وَقَعَ عليها، وذلك عَفْوٌ، وهذا أصحُّ.

وإن كان الطيرُ مائياً[1]: فإن كانت الجراحةُ[2] لم تَنْغَمِسْ في الماء: أُكِلَ، وإن انغمستْ: لا يُؤكَلُ، كما إذا وَقَعَ في الماء.

قال: (وما أصاب المِعْراضُ[3] بعَرْضِه: لم يُؤكَلْ، وإن جَرَحَه: يُؤكَلُ[4])؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فيه: «ما أصابَ بحَدِّه: فكُلْ، وما أصاب بعَرْضِه: فلا تأكل»[5].

ولأنه لا بدَّ من الجَرْحِ؛ ليتحقَّقَ معنىٰ الذكاة، علىٰ ما قدَّمناه.

قال: (ولا يُؤكَلُ ما أصابَتْه البُنْدُقَةُ[6]، فمات بها)؛ لأنها تَدُقُّ،

---

(١) يعني إذا رمىٰ طيراً مما يعيش في الماء، فوقع في الماء وهو مجروح ومات.

(٢) من الطير المائي المجروح.

(٣) نوعٌ من السهام بلا ريشٍ ولا نَصْلٍ، يُصيب بعرضه، لا بحدِّه.

(٤) قوله: وإن جرحه يُؤكَل: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٦٥٩، وكذلك في البناية ١٨٩/١٥، وفي طبعات الهداية القديمة.

(٥) صحيح البخاري (٢٠٥٤)، صحيح مسلم (١٩٢٩).

(٦) وهي طِينةٌ مدوَّرةٌ يُرمىٰ بها، ويقال لها: الجُلاهَق. البناية ١٩٠/١٥.

. . . .

وتكْسِر، ولا تَجرَحُ، فصار كالمِعراض إذا لم يَخْزِق[١].

وكذلك إن رماه بحَجَرٍ.

وكذلك إن جَرَحَه[٢].

قالوا: تأويلُه: إذا كان ثقيلاً، وبه حِدَّةٌ؛ لاحتمال أنه قتَلَه بثِقَلِه.

وإن كان الحَجَرُ خفيفاً، وبه حِدَّةٌ: يَحِلُّ؛ لتعيُّن الموت بالجَرح.

ولو كان الحَجَرُ خفيفاً، وجعَلَه طويلاً، كالسهم، وبه حِدَّةٌ: فإنه يَحِلُّ؛ لأنه يقتُلُه بجَرْحِه.

ولو رماه بمَرْوَةٍ حديدةٍ[٣]، ولم تَبْضَع بَضْعاً: لا يَحِلُّ؛ لأنه قتَلَه دَقّاً.

وكذا إذا رماه بها، فأبان رأسَه، أو قَطَعَ أوداجَه؛ لأن العروقَ تنقطعُ بثِقَلِ الحَجَر، كما تنقطعُ بالقطع، فوقَعَ الشكُّ، أو لعلَّه مات قبلَ قَطْعِ الأوداج.

ولو رماه بعَصاً أو بعُودٍ حتىٰ قتَلَه: لا يَحِلُّ؛ لأنه يَقتلُه ثِقَلاً، لا جَرْحاً، اللهمَّ إلا إذا كان له حَدٌّ يَبضَعُ بَضْعاً: فحينئذٍ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرُّمْح.

والأصلُ في هذه المسائل: أن الموتَ إذا كان مضافاً إلىٰ الجَرْحِ بيقينٍ: كان الصيدُ حلالاً، وإذا كان مضافاً إلىٰ الثِّقَل بيقينٍ: كان حراماً.

---

(١) أي إذا لم ينفذ.

(٢) أي لا يؤكل.

(٣) أي مَرْوةٍ حادَّةٍ، والمروة: حَجَرٌ رقيقٌ أبيض، كالسكين، يُذبح به.

. . . .

وإن وقع الشكُّ، ولا يُدرىٰ مات بالجَرْحِ أو بالثِّقَل: كان حراماً؛ احتياطاً.

وإن رماه بسيفٍ أو بسِكِّينٍ، فأصابه بحَدِّه، فجَرَحَه: حَلَّ.

وإن أصابه بقَفَا السِّكِّين، أو بمِقْبَضِ السيفِ: لا يَحِلُّ؛ لأنه قَتَلَه دَقًّا.

والحديدُ وغيرُه فيه: سواءٌ.

ولو رَمَاه، فجَرَحَه، ومات بالجَرْح: إن كان الجَرْحُ مُدْمِياً: يَحِلُّ، بالاتفاق.

وإن لم يكن مُدْمِياً: فكذلك عند بعض المتأخرين، سواءٌ كانت الجراحةُ صغيرةً أو كبيرةً؛ لأن الدمَ قد يَحتبسُ بضِيق المَنفَذِ، أو غِلَظِ الدم.

وعند بعضهم: يُشترَطُ الإدماءُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما أَنْهَرَ الدمَ، وأَفْرىٰ الأوداجَ: فكُلْ»[١]، شَرَطَ الإنهارَ.

وعند بعضهم: إن كانت كبيرةً[٢]: حَلَّ بدون الإدماء، وإن كانت صغيرةً: لا بدَّ من الإدماء.

ولو ذَبَحَ شاةً، ولم يَسِلِ منها الدمُ: قيل: لا تَحِلُّ، وقيل: تَحِلُّ.

ووجهُ القولَيْن دَخَلَ فيما ذكرناه.

---

(١) تقدم، وهو بلفظ: ما أنهر الدمَ، وذُكر اسمُ الله عليه: فكُل: في صحيح البخاري (٣٠٧٥، ٥٤٩٨)، صحيح مسلم (١٩٦٨).

(٢) أي إن كانت الجراحة كبيرة.

وإذا رمىٰ صيداً، فقَطَعَ عضواً منه : أُكِلَ الصيدُ، ولا يؤكَلُ العُضْوُ.

وإذا أصاب السهمُ ظِلْفَ الصيد، أو قَرْنَه: فإن أدماه: حَلَّ، وإلا: فلا، وهذا يؤيِّدُ بعضَ ما ذكرناه.

قال: (وإذا رمىٰ صيداً، فقَطَعَ عضواً منه: أُكِلَ الصيدُ)؛ لِمَا بيَّنَّاه، (ولا يؤكَلُ العُضْوُ).

وقال الشافعيُّ[١] رحمه الله: أُكِلا إن مات الصيدُ منه؛ لأنه مُبَانٌ بذكاةِ الاضطرار، فيَحِلُّ المُبانُ، والمبانُ منه، كما إذا أُبِيْنَ الرأسُ بذكاة الاختيار.

بخلاف ما إذا لم يَمُتْ؛ لأنه ما أُبين بالذكاة.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ما أُبِين من الحيِّ: فهو ميتٌ»[٢].

ذَكَرَ: الحيَّ: مطلقاً، فينَصرفُ إلىٰ الحيِّ حقيقةً وحُكماً، والعضوُ المُبانُ: بهذه الصفة؛ لأن المُبانَ منه حيٌّ حقيقةً؛ لقيام الحياةِ فيه، وكذا حُكماً؛ لأنه تُتَوهَّمُ سلامتُه بعد هذه الجراحة، ولهذا اعتبره الشرعُ حيّاً[٣]، حتىٰ لو وَقَعَ في الماء، وفيه حياةٌ بهذه الصفة: يَحرُمُ.

---

(١) الأم ٢/٢٦١.

(٢) سنن الترمذي (١٤٨٠)، وقال: حديث حسن غريب. والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم، سنن أبي داود (٢٨٥٢)، وينظر نصب الراية ٤/٣١٧.

(٣) لفظ: حياً: مثبت في نص الهداية المضمن في البناية ١٥/١٩٦، وكذلك في طبعات الهداية القديمة.

ولو قدَّه نصفين، أو قَطَعَه أثلاثاً، والأكثرُ مما يلي العَجُزَ: أُكِلَ الكلُّ، أو قَطَعَ نصفَ رأسِه، أو أكثرَ منه: يَحِلُّ المُبانُ، والمُبانُ منه.

وقوله[1]: أُبِين بالذكاة:

قلنا: حالَ وقوعِه: لم يَقع ذكاةً؛ لبقاء الرُّوح في الباقي، وعند زواله: لا يظهرُ في المُبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعيةَ لزوالها بالانفصال، فصار هذا الحرفُ[2] هو الأصل: أن المُبانَ من الحيِّ حقيقةً وحُكماً: لا يَحِلُّ.

والمبانَ من الحيِّ صورةً، لا حُكْماً: يَحِلُّ، وذلك بأن تبقىٰ في المُبانِ منه حياةٌ بقَدْر ما يكونُ في المذبوح، فإنه حياةٌ صورةً، لا حُكماً.

ولهذا لو وَقَعَ في الماء وبه هذا القَدْرُ من الحياة، أو تردَّىٰ من جبلٍ أو سطحٍ: لا يَحرُمُ.

فتُخرَّجُ عليه المسائل، فنقولُ: إذا قَطَعَ يداً، أو رِجْلاً، أو فَخِذاً، أو ثُلُثَه مما يلي القوائم، أو أقلَّ من نصفِ الرأس: يَحرُمُ المُبانُ، ويَحِلُّ المُبانُ منه؛ لأنه يُتوهَّمُ بقاءُ الحياةِ في الباقي.

قال: (ولو قدَّه نصفين[3]، أو قَطَعَه أثلاثاً، والأكثرُ مما يلي العَجُزَ: أُكِلَ الكلُّ، أو قَطَعَ نصفَ رأسِه، أو أكثرَ منه: يَحِلُّ المُبانُ، والمُبانُ منه)؛ لأن المُبانَ منه حيٌّ صورةً، لا حُكماً؛ إذ لا يُتوهَّمُ بقاءُ الحياة بعد هذا الجَرح.

---

(١) أي قول الإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) أي النكتة.

(٣) وفي نُسخ: بنصفين.

ولو ضَرَبَ عُنُقَ شاةٍ، فأبان رأسَها : تَحِلُّ، ويُكره هذا الصنيعُ.

وإن ضَرَبَه من قِبَلِ القَفَا : إن مات قَبْلَ قَطْعِ الأوداج : لا يَحِلُّ، وإن لم يَمُتْ حتىٰ قَطَعَ الأوداجَ : حَلَّ.

ولو ضَرَبَ صيداً، فقَطَعَ يداً أو رِجْلاً، ولم يُبِنْه : إن كان يُتوهَّمُ الالتئامُ والانْدِمالُ، فإذا مات : حَلَّ أَكْلُه.

والحديثُ وإن تناول السمكَ، وما أُبينَ منه: فهو ميتٌ، إلا أن مَيْتَتَه حلالٌ بالحديث الذي رويناه[1].

قال: (ولو ضَرَبَ عُنُقَ شاةٍ، فأبان رأسَها: تَحِلُّ)؛ لقطع الأوداج.

(ويُكره هذا الصنيعُ)؛ لإبلاغه النُّخَاعَ.

(وإن ضَرَبَه من قِبَلِ القَفَا: إن مات قَبْلَ قَطْعِ الأوداج: لا يَحِلُّ، وإن لم يَمُتْ حتىٰ قَطَعَ الأوداجَ: حَلَّ.

ولو ضَرَبَ صيداً، فقَطَعَ يداً أو رِجْلاً، ولم يُبِنْه: إن كان يُتوهَّمُ الالتئامُ والانْدِمالُ، فإذا مات: حَلَّ أَكْلُه)؛ لأنه بمنزلة سائرِ أجزائه.

---

(١) وهو حديث: «أُحِلَّت لنا ميتتان...»، وتقدم في كتاب الذبائح، وهو في سنن ابن ماجه (٣٣١٤)، مسند أحمد (٥٧٢٣)، سنن البيهقي (١٨٩٩٧)، كلهم عن ابن عمر مرفوعاً، وموقوفاً، وقد رجَّح الدارقطني والبيهقي وقفه علىٰ ابن عمر رضي الله عنهما، وهو عنه بإسناد صحيح، وأن له حكم الرفع، وقد تُكلم في سند المرفوع، وأن فيه ضعفاء، ولكن له متابعات حكم عليه معها بأنه حسن، وينظر التلخيص الحبير ٢٦/١، فتح الباري ٦٢١/٩، نصب الراية ٢٠٢/٤.

ولا يُؤكَلُ صيدُ المجوسيِّ، والمرتدِّ، والوَثنيِّ.

ومَن رمىٰ صيداً، فأصابه، ولم يُثْخِنْه، ولم يُخرِجْه عن حَيِّزِ الامتناعِ، فرماه آخَرُ، فقتَلَه: فهو للثاني، ويُؤكَلُ.

وإن كان لا يُتوهَّمُ، بأن بقيَ متعلِّقاً بجِلْدِه: حَلَّ ما سواه؛ لوجود الإبانةِ معنىً، والعبرةُ للمعاني.

قال: (ولا يُؤكَلُ صيدُ المجوسيِّ، والمرتدِّ، والوَثنيِّ)؛ لأنهم ليسوا من أهل الذكاة، علىٰ ما بيَّنَّاه في الذبائح، ولا بدَّ منها في إباحة الصيد.

بخلاف النصرانيِّ، واليهوديِّ؛ لأنهما من أهل الذكاة[1] اختياراً، فكذا من أهل الذكاة اضطراراً.

قال: (ومَن رمىٰ صيداً، فأصابه، ولم يُثْخِنْه، ولم يُخرِجْه عن حَيِّزِ الامتناعِ، فرماه آخَرُ، فقتَلَه: فهو للثاني، ويُؤكَلُ)؛ لأنه هو الآخِذُ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الصيدُ: لمَن أَخَذه»[2].

---

(١) وفي نُسخ: من أهل الكتاب.

(٢) قال في نصب الراية ٣١٨/٤: غريب، وفي الدراية ٢٥٦/٢: لم أجد له أصلاً، وقد نقل الزيلعي عن «التذكرة الأدبية»، لابن حمدون، حكايةً فيها ذِكْر هذا الحديث، وهي حكاية موضوعة، كما قال الحافظ ابن حجر، وفي القصة ما فيها؟!

وأنبه هنا إلىٰ أن المؤلف المرغيناني ذكر هذا الحديث فيما تقدَّم في آخر مسائل منثورة في آخر السلم قبل الصرف، ولم يصرِّح بأنه حديث، ولم يخرِّجه الزيلعي وابن حجر، ولا العيني في البناية ٨٠/١١.

وإن كان الأولُ أثخنه، فرماه الثاني، فقتَلَه : فهو للأول، ولم يُؤكَلْ.

وإن كان الرميُ الأولُ بحالٍ لا يعيشُ منه الصيدُ، إلا أنه بقيَ فيه من الحياة أكثرُ مما يكون بعد الذبح، بأن كان يعيشُ يوماً أو دونَه : فعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله : لا يَحرُمُ بالرمي الثاني.

قال: (وإن كان الأولُ أثخنه، فرماه الثاني، فقتَلَه: فهو للأول، ولم يُؤكَلْ)؛ لاحتمال الموتِ بالثاني، وهو ليس بذكاةٍ؛ للقدرة علىٰ ذكاة الاختيار، بخلاف الوجهِ الأول.

وهذا إذا كان الرَّمْيُ الأولُ[1] بحالٍ ينجو منه الصيد؛ لأنه حينئذٍ يكون الموتُ مضافاً إلىٰ الرمي الثاني.

أما إذا كان الأولُ بحالٍ لا يَسلَمُ منه الصيدُ، بأن لا تبقىٰ فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقىٰ في المذبوح، كما إذا أبان رأسَه: يَحِلُّ؛ لأن الموتَ لا يُضافُ إلىٰ الرمي الثاني؛ لأن وجودَه وعدمَه بمنزلةٍ.

قال: (وإن كان الرميُ الأولُ بحالٍ لا يعيشُ منه الصيدُ، إلا أنه بقيَ فيه من الحياة أكثرُ مما يكون بعد الذبح، بأن كان يعيشُ يوماً أو دونَه: فعلىٰ قول[2] أبي يوسف رحمه الله: لا يَحرُمُ بالرمي الثاني)؛ لأن هذا القدرَ من الحياة لا عبرةَ بها عنده.

---

(١) وفي نُسخ: الرمية الأولىٰ.

(٢) وفي نُسخ: قياس قول.

وعند محمدٍ رحمه الله : يَحرُمُ.

والثاني ضامِنٌ لقيمتِه للأول، غيرَ ما نَقَصَتْه جراحتُه.

(وعند محمدٍ رحمه الله: يَحرُمُ)؛ لأن هذا القدرَ من الحياة معتبرٌ عنده، علىٰ ما عُرِفَ من مذهبه.

فصار الجوابُ فيه، والجوابُ فيما إذا كان الأولُ بحالٍ يَسلَمُ[1] منه الصيدُ: سواءً، فلا يَحِلُّ.

قال: (والثاني ضامِنٌ لقيمتِه للأول، غيرَ ما نَقَصَتْه جراحتُه)؛ لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له؛ لأنه مَلَكَه بالرمي المُثخِنِ، وهو مَنْقُوصٌ بجراحته، وقيمةُ المتلَفِ تُعتبرُ يومَ الإتلاف.

قال رضي الله عنه: تأويلُه إذا عُلِمَ أن القتلَ حصل بالثاني، بأن كان الأولُ بحالٍ يجوزُ أن يَسلَمَ الصيدُ منه، والثاني بحالٍ لا يَسلَمُ الصيدُ منه؛ ليكونَ القتلُ كلُّه مضافاً إلىٰ الثاني، وقد قَتَلَ حيواناً مملوكاً للأول، مَنقوصاً بالجراحة، فلا يَضمنُه كَمَلاً، كما إذا قَتَلَ عبداً مريضاً.

وإن عُلِمَ أن الموتَ حَصَلَ من الجراحتَيْن، أو لا يُدرىٰ: قال في «الزيادات»: يَضمنُ الثاني ما نَقَصَتْه جراحتُه، ثم يضمنُ نصفَ قيمتِه مجروحاً بجراحتَيْن، ثم يَضمَنُ نصفَ قيمةِ لحمِه.

---

(١) هكذا: يسلم: في كل النسخ الخطية، وكذلك في الهداية المضمنة في البناية ٢٠١/١٥، وجاء في طبعات الهداية القديمة: لا يسلم.

ويجوزُ اصطيادُ ما يُؤكَلُ لحمُه من الحيوان، وما لا يُؤكَلُ لحمُه.

أما الأولُ: فلأنه جَرَحَ حيواناً مملوكاً للغير، وقد نَقَصَه، فيَضمنُ ما نَقَصَه أوَّلاً.

وأما الثاني: فلأن الموتَ حَصَلَ بالجراحتَيْن، فيكون هو مُتْلِفاً نصفَه وهو مملوكُ غيرِه، فيَضمنُ نصفَ قيمتِه مجروحاً بالجراحتَيْن؛ لأن الأُولىٰ ما كانت بصُنْعِه، والثانيةَ ضَمِنَها مرةً، فلا يضمنُها ثانياً.

وأما الثالثُ: فلأنَّ بالرمي الأولِ صار بحالٍ يَحِلُّ بذكاة الاختيارِ لولا رميُ الثاني، فهذا بالرمي الثاني أفسدَ عليه نصفَ اللحم، فيضمنُه، فلا يضمنُ النصفَ الآخَرَ[1]؛ لأنه ضَمِنَه مرةً، فدخل ضمانُ اللحمِ فيه.

وإن كان رماه الأولُ ثانياً: فالجوابُ في حُكم الإباحة: كالجواب فيما إذا كان الرامي غيرَه، ويصيرُ كما إذا رمىٰ صيداً علىٰ قُلَّةِ جبلٍ[2]، فأثخنه، ثم رماه ثانياً، فأنزله: لا يَحِلُّ؛ لأن الثاني مُحرِّمٌ، كذا هذا.

قال: (ويجوزُ اصطيادُ ما يُؤكَلُ لحمُه من الحيوان، وما لا يُؤكَلُ لحمُه)، لإطلاق ما تَلَوْنا، والصيدُ لا يَختصُّ بمأكولِ اللحم.

قال قائلهم[3]:

---

(١) أي قيمة نصف الحيوان.

(٢) أي أعلىٰ الجبل.

(٣) هو عنترة بن شداد العبسي، من شعراء الجاهلية، توفي سنة ٦٠٠ م، أي قبل الهجرة بنحو ٢٢ سنة.

. . . .

صيدُ الملوكِ أرانبٌ وثعالبُ   وإذا ركِبْتُ فصَيْدِيَ الأبطالُ

ولأن صيدَه سببٌ للانتفاع بجِلْدِه، أو شعرِه، أو رِيشِه، أو لاستدفاع شَرِّه، كالخنزير، وكلٌّ ذلك مشروعٌ، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

كتاب الرَّهْن

الرَّهْنُ يَنعقِدُ بالإيجاب والقَبولِ، ويَتِمُّ بالقَبْض.

كتاب الرَّهْن

قال: الرَّهْنُ لغةً: حَبْسُ الشيءِ بأيِّ سببٍ كان.

وفي الشريعة: جَعْلُ الشيءِ مَحبوساً بحَقٍّ، يُمكنُ استيفاؤه من الرهن، كالدُّيون.

وهو مشروعٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾. البقرة/٢٨٣.

وبما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام اشترىٰ من يهوديٍّ طعاماً، ورَهَنَه به[1] دِرْعَه[2].

وقد انعقد علىٰ ذلك الإجماعُ.

ولأنه عَقْدُ وثيقةٍ لجانبِ الاستيفاء، فيُعتبرُ بالوثيقة في طَرَفِ الوجوب، وهي الكفالةُ.

قال: (الرَّهْنُ يَنعقِدُ بالإيجاب والقَبولِ، ويَتِمُّ بالقَبْض).

---

(١) أي بالطعام، وفي نُسخ: بها: أي بقيمة الطعام. البناية ٢٠٧/١٥.

(٢) سنن الترمذي (١٢١٤)، وقال: حسن صحيح، سنن ابن ماجه (٢٤٣٩)، وينظر نصب الراية ٣١٨/٤.

. . . .

قالوا[١]: الركنُ: الإيجابُ بمجرَّدِه؛ لأنه عقدُ تبرُّعٍ، فيَتِمُّ بالمتبرِّع، كالهبة والصدقة، والقبضُ شَرْطُ اللزوم، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

وقال مالكٌ[٢] رحمه الله: يلزمُ بنفس العقد؛ لأنه يختصُّ بالمال من الجانبَيْن، فصار كالبيع.

ولأنه عَقْدُ وثيقةٍ، فأشبه الكفالةَ.

ولنا: ما تَلَوْناه، والمصدرُ المقرونُ بحرف الفاء في مَحِلِّ الجزاءِ: يُرادُ به الأمرُ.

ولأنه عقدُ تبرُّعٍ؛ لِمَا أنَّ الراهنَ لا يستوجِبُ بمقابلته علىٰ المرتهنِ شيئاً، ولهذا لا يُجبَرُ عليه، فلا بدَّ من إمضائه، كما في الوصية، وذلك بالقبض.

ثم يُكتَفَىٰ فيه بالتخلية، في ظاهر الرواية؛ لأنه قَبْضٌ بحُكمِ عقدٍ مشروعٍ، فأشبه قَبْضَ المبيع.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يثبتُ في المنقول إلا بالنَّقْل؛ لأنه قَبْضٌ موجِبٌ للضمان ابتداءً، بمنزلة الغصب.

بخلاف الشراء؛ لأنه ناقلٌ للضمان من البائع إلىٰ المشتري، وليس بموجِبٍ ابتداءً، والأولُ أصحُّ.

---

(١) أي بعض مشايخ الحنفية. البناية ١٥/٢٠٩.

(٢) التلقين ص١٢٥.

وإذا قَبَضَه المرتهنُ مَحُوزاً، مُفرَّغاً، متميِّزاً : تمَّ العقدُ فيه.

وما لم يَقبِضْه : فالراهنُ بالخيار : إن شاء سَلَّمَه، وإن شاء رَجَعَ عن الرهن.

وإذا سَلَّمه إليه، فقَبَضَه : دَخَلَ في ضمانه.

قال: (وإذا قَبَضَه المرتهنُ مَحُوزاً، مُفرَّغاً، متميِّزاً: تمَّ العقدُ فيه)؛ لوجود القبضِ بكماله، فلَزِمَ العقدُ.

(وما لم يَقبِضْه: فالراهنُ بالخيار: إن شاء سَلَّمَه، وإن شاء رَجَعَ عن الرهن)؛ لِمَا ذكرنا أنَّ اللزومَ بالقبض، إذِ المقصودُ لا يحصلُ قَبْلَه.

قال: (وإذا سَلَّمه إليه، فقَبَضَه: دَخَلَ في ضمانه).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: هو أمانةٌ في يده، ولا يسقطُ شيءٌ من الدَّين بهلاكه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَغْلَقُ[2] الرهنُ»، قالها ثلاثاً، «لصاحبه غُنْمُه، وعليه غُرْمُه»[3].

قال: ومعناه: لا يصيرُ مضموناً بالدَّيْن.

ولأنَّ الرهنَ وثيقةٌ بالدَّين، فبهلاكه: لا يسقطُ الدَّيْنُ؛ اعتباراً بهلاك الصَّكِّ، وهذا لأن بعدَ الوثيقة يزدادُ معنىٰ الصيانة، والسقوطُ بالهلاك يُضادُّ ما اقتضاه العقدُ، إذِ الحَقُّ به يصيرُ بعَرَضِ الهلاك، وهو ضدُّ الصيانة.

---

(١) الحاوي الكبير ٦/٢٥٤.

(٢) أي لا يُحبس.

(٣) صحيح ابن حبان (٥٩٣٤)، سنن الدارقطني (٢٩٢١)، وقال: هذا إسنادٌ حسنٌ متصل. اهـ، وينظر البدر المنير ١٧/٤٥، الدراية ٢/٢٥٧.

. . . .

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نَفَقَ فَرَسُ الرهنِ عنده: «ذَهَبَ حَقُّكَ»[1].

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «إذا عَمِيَ الرهنُ: فهو بما فيه»[2]، معناه علىٰ ما قالوا: إذا اشتبهت قيمةُ الرهن بعد ما هلك الرهنُ.

وإجماعُ الصحابةِ والتابعين رضي الله عنهم علىٰ أن الرهنَ مضمونٌ، مع اختلافهم في كيفيته[3]، والقولُ بالأمانة: خَرْقٌ له[4].

والمرادُ بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَغلَقُ الرهنُ»، علىٰ ما قالوا: الاحتباسُ الكليُّ[5]، والتمكُّنُ[6] بأن يصيرَ مملوكاً له[7]، كذا ذَكَرَ الكَرخيُّ رحمه الله عن السلف[8].

---

(١) شرح معاني الآثار ١٠٢/٤، سنن البيهقي ٤١/٦، وعزاه الزيلعي في نصب الراية ٣٢١/٤ إلىٰ مراسيل أبي داود (١٨٨)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٢٧٨٥)، وقال: «قال عبد الحق في أحكامه: وهو مرسلٌ وضعيفٌ، قال ابن القطان: ومصعب ابن ثابت بن عبد الله بن الزبير: ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقاً». اهـ

(٢) المراسيل لأبي داود (١٨٩)، الدراية ٢٥٧/٢.

(٣) قال في الدراية ٢٥٨/٢: لم أجد ذلك.

(٤) أي للإجماع.

(٥) وهو أن لا يُمكن فكاكه بعد صيرورته ملكاً له.

(٦) لفظ: التمكن: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٧) أي للمرتهن.

(٨) مثل طاوس وإبراهيم وغيرهما رحمهم الله. البناية ٢١٧/١٥.

. . . .

ولأن الثابتَ للمرتهن: يدُ الاستيفاء[١]، وهو[٢] مِلْكُ اليدِ والحَبْسِ؛ لأن الرهنَ يُنبِئُ عن الحَبْس الدائم.

قال الله تعالىٰ: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ [٣]﴾. المدثر/٣٨.

وقال قائلُهم[٤]:

وفارَقَتْكَ برَهْنٍ لا فَكَاكَ له   يومَ الوداع فأمسىٰ الرهنُ قد غَلِقَا[٥]

والأحكامُ الشرعيةُ تنعطِفُ علىٰ الألفاظِ علىٰ وَفْق الإِنباء[٦].

---

(١) أي استيفاء حقه من الرهن.

(٢) أي يد الاستيفاء.

(٣) أي محبوسة.

(٤) من شعر زهير بن أبي سلمىٰ، كما في البناية ٢١٨/١٥، ينظر ديوان زهير بن أبي سلمىٰ، (مع شرحه لثعلب أحمد بن يحيىٰ) ص٣٣.

وزهير هو حكيم الشعراء في الجاهلية، ولم يدرك الإسلام، وكان أبوه شاعراً، وأخته الخنساء شاعرة، وابناه كعب وبجير صحابيان شاعرين، وكعب هذا هو الذي مدح رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بقصيدة: (بانت سعاد)، توفي زهير سنة ١٣ قبل الهجرة، ترجم له ابن قتيبة في الشعر والشعراء ١٣٧/١، وابن حزم في جمهرة أنساب العرب ص٢٠١، والزركلي في الأعلام ٥٢/٣.

(٥) أي ارتهنت المحبوسةُ قلبَه يومَ الوداع، واحتبس قلبُه عندها علىٰ وجهٍ لا يمكن فكاكه.

(٦) أي الأخبار عن المعاني اللغوية، يعني الأصل ورودُ الشرع علىٰ مطابقة الحقيقة اللغوية، وهي تدل علىٰ أن الرهن يوجب الحبسَ بالدين دائماً.

. . . .

ولأن الرهنَ وثيقةٌ لجانب الاستيفاء، وهو أن تكون موصِلَةً إليه، وذلك ثابتٌ له بمِلْكِ اليد والحَبْس؛ ليقع الأمنُ من الجُحود؛ مخافةَ جحودِ المرتهنِ الرهنَ، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به، فيَتسارَعُ[1] إلىٰ قضاء الدَّيْن؛ لحاجته، أو لضَجَرِه.

وإذا كان كذلك: يثبتُ الاستيفاءُ من وجهٍ وقد تقرَّر بالهلاك، فلو استوفاه ثانياً: يؤدي إلىٰ الربا.

بخلاف حالةِ القيام؛ لأنه يُنقَضُ هذا الاستيفاءُ بالردِّ علىٰ الراهن، فلا يتكرر.

ولا وجهَ إلىٰ استيفاءِ الباقي بدونه؛ لأنه لا يُتصوَّرُ.

والاستيفاءُ يقعُ بالمالية، أما العينُ: فأمانةٌ حتىٰ كانت نفقةُ المرهون علىٰ الراهن في حياته، وكَفَنُه بعد مماته.

وكذا قَبْضُ الرهنِ لا ينوبُ عن قَبْضِ الشراءِ إذا اشتراه المرتهنُ؛ لأن العينَ أمانةٌ، فلا تنوبُ عن قَبْضِ ضمانٍ.

وموجَبُ العقد: ثبوتُ يدِ الاستيفاء، وهذا يُحقِّقُ الصيانةَ وإن كان فراغُ الذمةِ من ضروراته، كما في الحوالة.

فالحاصلُ: أنَّ عندنا حكمَ الرهنِ صيرورةُ الرهنِ محتَبَساً بدَيْنه بإثبات يدِ الاستيفاءِ عليه.

---

(١) أي الراهن.

ولا يصحُّ الرهنُ إلا بدَيْنٍ مضمونٍ.

وعنده[١]: تعلُّقُ الدينِ بالعين[٢]: استيفاءً منه عيناً بالبيع.

فيُخَرَّجُ علىٰ هذَيْن الأصلَيْن عدةٌ من المسائل المختلَف فيها بيننا وبينه[٣]، عدَدْناها في «كفاية المنتهي» جملةً:

منها: أنَّ الراهنَ ممنوعٌ عن الاسترداد للانتفاع؛ لأنه يُفَوِّتُ موجَبَه، وهو الاحتباسُ علىٰ الدوام.

وعنده[٤]: لا يُمنَعُ منه[٥]؛ لأنه لا ينافي موجَبَه[٦]، وهو تعيُّنُه للبيع، وستأتيكَ البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا يصحُّ الرهنُ إلا بدَيْنٍ مضمونٍ)؛ لأن حُكْمَه ثبوتُ يدِ الاستيفاء، والاستيفاءُ يتلو الوجوبَ، فدونَه يكونُ عاطلاً، فيقعُ باطلاً[٧].

قال رضي الله عنه: ويَدخلُ علىٰ هذا اللفظ: الرهنُ بالأعيان المضمونةِ بأنفسها، فإنه يصحُّ الرهنُ بها ولا دَينَ.

---

(١) أي عند الإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) أي عين الرهن.

(٣) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٤) أي عند الإمام الشافعي رحمه الله.

(٥) أي لا يُمنع الراهن من استرداد رهنه لأجل الانتفاع.

(٦) أي موجَب عقد الرهن.

(٧) جملة: فدونه يكون عاطلاً، فيقع باطلاً: مثبتةٌ في نسخة سعدي بتاريخ ٦١٣هـ.

وهو مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِه ومن الدَّيْن .

فإذا هَلَكَ في يدِ المرتهنِ، وقيمتُه والدينُ سواءٌ : صار المرتَهِنُ مستوفِياً لدَيْنه .

وإن كانت قيمةُ الرهنِ أكثرَ : فالفضلُ أمانةٌ .

ويُمكنُ أن يُقال: إن الموجَبَ الأصليَّ فيها هو القيمةُ، وردُّ العينِ مَخْلَصٌ، علىٰ ما عليه أكثرُ المشايخ رحمهم الله.

وهو دَيْنٌ، ولهذا تصحُّ الكفالةُ بها[١] ولئن كان لا تجبُ القيمةُ إلا بعد الهلاك، ولكنه تجبُ عند الهلاك بالقبض السابق.

ولهذا تُعتبرُ قيمتُه يومَ القبض، فيكونُ رهناً بعد وجودِ سببِ وجوبِه، فيصحُّ، كما في الكفالة، ولهذا لا تبطلُ الحوالةُ المقيَّدةُ به بهلاكه، بخلاف الوديعة.

قال: (وهو مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِه ومن الدَّيْن.

فإذا هَلَكَ في يدِ المرتهنِ، وقيمتُه والدينُ سواءٌ: صار المرتَهِنُ مستوفِياً لدَيْنه.

وإن كانت قيمةُ الرهنِ أكثرَ: فالفضلُ أمانةٌ[٢])؛ لأن المضمونَ: بقَدْرِ ما يَقعُ به الاستيفاءُ، وذلك بقَدْر الدَّيْن.

---

(١) أي بالأعيان المضمونة بأنفسها. وفي نُسخ: به.

(٢) وفي بداية المبتدي ص٦٦١ : أمانةٌ في يده.

وإن كانت أقلَّ : سَقَطَ من الدَّيْنِ بقَدْره، ورَجَعَ المرتَهِنُ بالفضل .

قال: (وإن كانت أقلَّ: سَقَطَ من الدَّيْنِ بقَدْره، ورَجَعَ المرتَهِنُ بالفضل)؛ لأن الاستيفاءَ بقَدْر المالية.

وقال زفرُ رحمه الله: الرهنُ مضمونٌ بالقيمة، حتىٰ لو هَلَكَ الرهنُ وقيمتُه يومَ رُهِنَ[١] ألفٌ وخمسُمائةٍ، والدينُ ألفٌ: رَجَعَ الراهنُ علىٰ المرتهن بخمسمائةٍ.

له: حديثُ عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: «يترادَّان الفضلَ في الرهن»[٢].

ولأن الزيادةَ علىٰ الدَّيْن مرهونةٌ؛ لكونها محبوسةً به، فتكونُ مضمونةً؛ اعتباراً بقَدْر الدَّيْن.

ومذهبُنا مَرْويٌّ عن عمر، وعبدِ الله بن مسعود[٣] رضي الله عنهما.

ولأنَّ يدَ المرتهنِ يدُ الاستيفاء، فلا توجِبُ الضمانَ إلا بالقَدْر المستوفىٰ، كما في حقيقةِ الاستيفاء، والزيادةُ مرهونةٌ به؛ ضرورةَ امتناعِ حَبْسِ الأصل بدونها، ولا ضرورةَ في حقِّ الضمان.

والمرادُ بالترادِّ فيما روىٰ[٤]: حالةُ[٥] البيع.

---

(١) وفي نُسخ: يومَ الرهن.

(٢) مصنف بن أبي شيبة (٢٢٧٩٤)، شرح معاني الآثار (٥٩٠٠)، سنن البيهقي (١١٢٣٠)، وينظر نصب الراية ٣٢٢/٤.

(٣) ينظر الدراية ٢٥٨/٢.

(٤) أي زفر رحمه الله.

(٥) وضُبطت في نُسخ بالنصب: حالةَ.

وللمرتَهِنِ أن يُطالِبَ الراهنَ بدَيْنه، ويَحبِسَه به.

وإذا طَلَبَ المرتهنُ دَيْنَه: يُؤمَرُ بإحضار الرهنِ.

وإذا أَحضَرَه: أُمِرَ الراهنُ بتسليم الدَّين إليه أوَّلاً.

وإن طالَبَه بالدَّيْن في غير البلدِ الذي وَقَعَ العقدُ فيه: إن كان الرهنُ مما لا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ: فكذلك الجوابُ.

فإنه رُوي عنه[1] رضي الله عنه أنه قال: «المرتهنُ أمينٌ في الفضل».

قال: (وللمرتَهِنِ أن يُطالِبَ الراهنَ بدَيْنه، ويَحبِسَه به)؛ لأن حقَّه باقٍ بعد الرهنِ، والرهنُ لزيادة الصيانة، فلا تَمتنعُ به المطالبةُ، والحَبْسُ جزاءُ الظلم، فإذا ظَهَرَ مَطْلُه عند القاضي: يَحبِسُه، كما بيَّنَّاه علىٰ التفصيل فيما تقدَّم.

قال: (وإذا طَلَبَ المرتهنُ دَيْنَه: يُؤمَرُ بإحضار الرهنِ)؛ لأن قَبْضَ الرهنِ قَبْضُ استيفاءٍ، فلا يجوزُ أن يَقبِضَ مالَه مع قيامِ يدِ الاستيفاء؛ لأنه يتكررُ الاستيفاءُ علىٰ اعتبار الهلاكِ في يدِ المرتهن، وهو مُحتمِلٌ.

قال: (وإذا أَحضَرَه: أُمِرَ الراهنُ بتسليم الدَّين إليه أوَّلاً)؛ ليتعيَّنَ حَقُّه، كما تعيَّنَ حقُّ الراهن؛ تحقيقاً للتسوية، كما في تسليمِ المبيعِ والثمنِ، يُحضَرُ المبيعُ، ثم يُسلَّمُ الثمنُ أوَّلاً.

قال: (وإن طالَبَه بالدَّيْن في غير البلدِ الذي وَقَعَ العقدُ فيه: إن كان الرهنُ مما لا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ: فكذلك الجوابُ)؛ لأن الأماكنَ كلَّها في

---

(١) أي عن عليٍّ رضي الله عنه. البناية ١٥/٢٢٥.

وإن كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ : يستوفي دينَه، ولا يُكلَّفُ إحضارَ الرهن.

ولو سَلَّطَ الراهنُ العَدْلَ علىٰ بيع المرهون، فباعه بنقدٍ أو نسيئةٍ : جاز.

فلو طالَبَ المرتهنُ بالدَّيْن : لا يُكلَّفُ المرتَهِنُ إحضارَ الرهن.

وكذا إذا أَمَرَ المرتهنَ ببيعه، فباعه، ولم يقبِضِ الثمنَ.

ولو قَبَضَه : يُكلَّفُ إحضارَه؛ لقيام البدلِ مَقامَ المُبدَل.

حقِّ التسليم: كمكانٍ واحدٍ فيما ليس له حَمْلٌ ومُؤنةٌ؛ ولهذا لا يُشترطُ بيانُ مكانِ الإيفاءِ فيه في باب السَّلَم، بالإجماع.

(وإن كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ: يستوفي دينَه، ولا يُكلَّفُ إحضارَ الرهن)؛ لأن هذا نَقْلٌ، والواجبُ عليه التسليمُ، بمعنىٰ التخلية، لا النقلُ من مكانٍ إلىٰ مكانٍ؛ لأنه يتضررُ به زيادةَ الضرر، ولم يلتزِمْه.

قال: (ولو سَلَّطَ الراهنُ العَدْلَ علىٰ بيع المرهون، فباعه بنقدٍ أو نسيئةٍ: جاز)؛ لإطلاق الأمر.

قال: (فلو طالَبَ المرتهنُ بالدَّيْن: لا يُكلَّفُ المرتَهِنُ إحضارَ الرهن)؛ لأنه لا قُدرةَ له علىٰ الإحضار.

قال: (وكذا إذا أَمَرَ المرتهنَ ببيعه، فباعه، ولم يقبِضِ الثمنَ)؛ لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهِنِ، فصار كأن الراهنَ رَهَنَه وهو دينٌ.

قال: (ولو قَبَضَه: يُكلَّفُ إحضارَه؛ لقيام البدلِ مَقامَ المُبدَل)؛ إلا أنَّ الذي يتولىٰ قبضَ الثمنِ هو المرتهنُ؛ لأنه هو العاقدُ، فترجعُ الحقوقُ إليه، وكما يُكلَّفُ إحضارَ الرهنِ لاستيفاء كلِّ الدين: يُكلَّفُ لاستيفاء نَجْمٍ قد حَلَّ؛ لاحتمال الهلاك.

ولو وَضَعَ الرهنَ علىٰ يدِ العَدْل، وأَمَرَ أن يُودِعَه غيرَه، ففعل، ثم جاء المرتهنُ يَطلُبُ دينَه : لا يُكلَّفُ إحضارَ الرهن.

ولو وَضَعَه العَدْلُ في يدِ مَن في عياله، وغاب، وطَلَبَ المرتهنُ دينَه، والذي في يده الرهنُ يقولُ : أودَعَني فلانٌ، ولا أدري لمَن هو : يُجبَرُ الراهنُ علىٰ قضاءِ الدين.

وكذلك إذا غاب العَدْلُ بالرهن، ولا يُدرَىٰ أين هو.

ثم إذا قَبَضَ الثمنَ: يُؤمَرُ بإحضاره؛ لاستيفاء الدين؛ لقيامه مَقامَ العين.

وهذا بخلاف ما إذا قَتَلَ رجلٌ العبدَ الرهنَ خطأً، حتىٰ قُضِيَ بالقيمة علىٰ عاقلته في ثلاثِ سنين: لم يُجبَرِ الراهنُ علىٰ قضاءِ الدينِ حتىٰ يُحضِرَ كلَّ القيمة؛ لأن القيمةَ خَلَفٌ عن الرهن، فلا بدَّ من إحضار كلِّها، كما لا بدَّ من إحضار كلِّ عينِ الرهن، وما صارتْ قيمةً: بفعله، وفيما تقدَّمَ: صار ديناً بفعل الراهن، فلهذا افترقا.

قال: (ولو وَضَعَ الرهنَ علىٰ يدِ العَدْل، وأَمَرَ أن يُودِعَه غيرَه، ففعل، ثم جاء المرتهنُ يَطلُبُ دينَه: لا يُكلَّفُ إحضارَ الرهن)؛ لأنه لم يُؤتمَنْ عليه، حيث وُضِعَ علىٰ يدِ غيرِه، فلم يكن تسليمُه في قدرته.

قال: (ولو وَضَعَه العَدْلُ في يدِ مَن في عياله، وغاب، وطَلَبَ المرتهنُ دينَه، والذي في يده الرهنُ يقولُ: أودَعَني فلانٌ، ولا أدري لمَن هو: يُجبَرُ الراهنُ علىٰ قضاءِ الدين)؛ لأن إحضارَ الرهنِ ليس علىٰ المرتهن؛ لأنه لم يَقبِضْ شيئاً.

قال: (وكذلك إذا غاب العَدْلُ بالرهن، ولا يُدرَىٰ أين هو)؛ لِمَا قلنا.

ولو أنَّ الذي أَوْدَعَه العدلَ جَحَدَ الرهنَ، وقال: هو مالي: لم يرجعِ المرتهنُ علىٰ الراهن بشيءٍ حتىٰ يُثْبِتَ كونَه رهناً.

وإن كان الرهنُ في يده: ليس عليه أن يُمَكِّنَه من البيع حتىٰ يَقضيَه الدينَ.

ولو قضاه البعضَ: فله أن يَحبِسَ كلَّ الرهن حتىٰ يستوفيَ البقيةَ.

فإذا قضاه الدينَ: قيل له: سَلِّمِ الرهنَ إليه.

فلو هَلَكَ قبلَ التسليم: استردَّ الراهنُ ما قضاه.

قال: (ولو أنَّ الذي أَوْدَعَه العدلَ[1] جَحَدَ الرهنَ، وقال: هو مالي: لم يرجعِ المرتهنُ علىٰ الراهن بشيءٍ حتىٰ يُثْبِتَ كونَه رهناً)؛ لأنه لَمَّا جَحَدَ الرهنَ: فقد تَوِيَ المالُ، والتَّوَىٰ علىٰ المرتهنِ، فيتحقَّقُ استيفاءُ الدين، فلا يملكُ المطالبةَ به.

قال: (وإن كان الرهنُ في يده: ليس عليه أن يُمكِّنَه من البيع حتىٰ يَقضيَه الدينَ)؛ لأن حُكْمَه الحَبْسُ الدائمُ إلىٰ أن يقضِيَ الدينَ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (ولو قضاه البعضَ: فله أن يَحبِسَ كلَّ الرهن حتىٰ يستوفيَ البقيةَ)؛ اعتباراً بحَبْسِ المبيع.

قال: (فإذا قضاه الدينَ: قيل له: سَلِّمِ الرهنَ إليه)؛ لأنه زال المانعُ من التسليم، لوصول الحَقِّ إلىٰ مُستَحِقِّه.

قال: (فلو هَلَكَ قبلَ التسليم: استردَّ الراهنُ ما قضاه)؛ لأنه صار

---

(١) وضبطت في نسخ عديدة بالضم: العدلُ.

وكذلك لو تفاسخا الرهنَ: له حَبْسُه ما لم يَقبِضِ الدَّيْنَ، أو يُبرِئُه، ولا يبطلُ الرهنُ إلا بالردِّ علىٰ الراهنِ علىٰ وَجْهِ الفسخ.

ولو هَلَكَ في يده: سَقَطَ الدَّيْنُ إذا كان به وفاءً بالدين.

وليس للمرتهن أن يَنتفعَ بالرهن، لا باستخدامٍ، ولا سُكْنىٰ، ولا لُبْسٍ، إلا أن يأذَنَ له المالكُ.

وليس له أن يبيعَ إلا بتسليطٍ من الراهن، وليس له أن يؤاجِرَ، ويُعِيرَ.

مستوفياً عند الهلاكِ بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاءً بعد استيفاءٍ، فيجبُ ردُّه.

قال: (وكذلك لو تفاسخا الرهنَ: له حَبْسُه ما لم يَقبِضِ الدَّيْنَ، أو يُبرِئُه، ولا يبطلُ الرهنُ إلا بالردِّ علىٰ الراهنِ علىٰ وَجْهِ الفسخ)؛ لأنه يبقىٰ مضموناً ما بقِيَ القبضُ والدينُ.

قال: (ولو هَلَكَ في يده: سَقَطَ الدَّيْنُ إذا كان به وفاءً بالدين)؛ لبقاء الرهن.

[حُكمُ الانتفاع بالرهن:]

قال: (وليس للمرتهن أن يَنتفعَ بالرهن، لا باستخدامٍ، ولا سُكْنىٰ، ولا لُبْسٍ، إلا أن يأذَنَ له المالكُ)؛ لأن له حَقَّ الحَبْسِ، دون الانتفاع.

قال: (وليس له أن يبيعَ إلا بتسليطٍ من الراهن، وليس له أن يؤاجِرَ، ويُعِيرَ)؛ لأنه ليس له ولايةُ الانتفاعِ بنفسه، فلا يَملِكُ تسليطَ غيرِه عليه، فإن فَعَلَ: كان متعدياً، ولا يَبطُلُ عقدُ الرهنِ بالتعدِّي.

وللمرتهنِ أن يَحفَظَ الرهنَ بنفسِه، وزوجتِه، وولدِه، وخادِمِه الذي في عِيالِه.

وإن حَفِظَه بغير مَن في عِيالِه، أو أَوْدَعَه: ضَمِنَ.

وإذا تعدَّىٰ المرتهنُ في الرهن: ضَمِنَه ضمانَ الغصبِ بجميع قيمته.

ولو رَهَنَه خاتَماً، فجَعَله في خِنْصِرِه: فهو ضامنٌ.

ولو جَعَلَه في بقية الأصابع: كان رهناً بما فيه.

قال: (وللمرتهنِ أن يَحفَظَ الرهنَ بنفسِه، وزوجتِه، وولدِه، وخادِمِه الذي في عِيالِه).

قال رضي الله عنه: معناه: أن يكونَ الولدُ في عِيالِه أيضاً، وهذا لأن عينَه أمانةٌ في يده، فصار كالوديعة.

قال: (وإن حَفِظَه بغير مَن في عِيالِه، أو أَوْدَعَه: ضَمِنَ).

وهل يَضمنُ الثاني؟ فهو علىٰ الخلافِ، وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك بدلائله في الوديعة.

قال: (وإذا تعدَّىٰ المرتهنُ في الرهن: ضَمِنَه ضمانَ الغصبِ بجميع قيمته)؛ لأن الزيادةَ علىٰ مقدار الدينِ أمانةٌ، والأماناتُ تُضمَنُ بالتعدِّي.

قال: (ولو رَهَنَه خاتَماً، فجَعَله في خِنْصِرِه: فهو ضامنٌ)؛ لأنه متعدٍّ بالاستعمال؛ لأنه غيرُ مأذونٍ فيه، وإنما الإذنُ بالحفظ.

واليمنىٰ واليسرىٰ في ذلك: سواءٌ؛ لأن العادةَ فيه مختلِفةٌ.

قال: (ولو جَعَلَه في بقية الأصابع: كان رهناً بما فيه)؛ لأنه لا يُلبَسُ

ولو رَهَنَه سَيْفَيْن أو ثلاثةً، فتقلَّدَها : لم يَضمنْ في الثلاثة، وضَمِنَ في السيفَيْن.

وأُجرةُ البيت الذي يُحفَظُ فيه الرهنُ : علىٰ المرتهن.

وكذلك أجرةُ الحافظِ، وأجرةُ الراعي، ونفقةُ الرهنِ : علىٰ الراهن.

كذلك عادةً، فكان مِن باب الحفظ.

وكذا الطَّيْلَسانُ إن لَبِسَه لُبْساً معتاداً: ضَمِنَ.

وإن وَضَعَه علىٰ عاتِقِه: لم يضمن.

قال: (ولو رَهَنَه سَيْفَيْن أو ثلاثةً، فتقلَّدَها: لم يَضمنْ في الثلاثة، وضَمِنَ في السيفَيْن)؛ لأن العادةَ جَرَتْ بين الشُّجْعان بتقلُّدِ السيفَيْن في الحرب، ولم تَجْرِ بتقلُّد الثلاثة.

وإن لَبِسَ خاتَماً فوقَ خاتَمٍ: إن كان هو ممن يَتجمَّلُ بلُبْس خاتَمَيْن: ضَمِنَ، وإن كان لا يَتجمَّلُ بذلك: فهو حافِظٌ، فلا يضمن.

قال: (وأُجرةُ البيت الذي يُحفَظُ فيه الرهنُ: علىٰ المرتهن.

وكذلك أجرةُ الحافظِ، وأجرةُ الراعي، ونفقةُ الرهنِ: علىٰ الراهن).

والأصلُ: أن ما يُحتاجُ إليه لمصلحةِ الرهنِ وتبقيتِه: فهو علىٰ الراهن، سواءٌ كان في الرهن فَضْلٌ أو لم يكن؛ لأن العينَ باقيةٌ علىٰ ملكِه، وكذلك منافعُه مملوكةٌ له، فيكونُ إصلاحُه وتبقيتُه عليه؛ لِمَا أنه مُؤنةُ ملكِه، كما في الوديعة، وذلك مثلُ النفقة في مأكلِه ومَشربِه.

. . . .

وأجرةُ الراعي: في معناه[١]؛ لأنه عَلَفُ الحيوان.

ومِن هذا الجنس[٢]: كِسوةُ الرَّقيق، وأجرةُ ظِئْرِ ولدِ الرهن، وسَقْيُ البستان، وكَرْيُ النهر، وتلقيحُ نخيلِه وجَذَاذِه، والقيامُ بمصالحه.

وكلُّ ما كان لحفظِه، أو لردِّه إلىٰ يدِ المرتهن، أو لردِّ جزءٍ منه: فهو علىٰ المرتهن، مثلُ أجرةِ الحافظ؛ لأن الإمساكَ حقٌّ له، والحفظُ واجبٌ عليه، فيكونُ بدلُه عليه.

وكذلك أجرةُ البيتِ الذي يُحفَظُ الرهنُ فيه، وهذا في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن كِراءَ المَأوىٰ علىٰ الراهن، بمنزلة النفقة؛ لأنه سعيٌ في تبقيته.

ومن هذا القسم: جُعْلُ الآبقِ، فإنه علىٰ المرتهن؛ لأنه مُحتاجٌ إلىٰ إعادةِ يدِ الاستيفاءِ التي كانت له ليَرُدَّه، فكانت من مؤنةِ الردِّ، فيلزمُه.

وهذا إذا كانت قيمةُ الرهنِ والدينُ سواءً.

وإن كانت قيمةُ الرهنِ أكثرَ: فعليه بقَدْر المضمون، وعلىٰ الراهنِ بقَدْر الزيادة عليه؛ لأنه أمانةٌ في يده، والردُّ لإعادة اليد، ويدُه في الزيادة يدُ المالك، إذ هو كالمودَع فيها، فلهذا يكونُ علىٰ المالك.

---

(١) أي في معنىٰ الإنفاق.

(٢) أي من جنس ما يُحتاج لمصلحة الرهن وتبقيته.

ومداواةُ الجِراحِ والقُروحِ، ومعالجةُ الأمراضِ، والفداءُ من الجنايةِ تنقسمُ علىٰ المضمونِ والأمانة، والخراجُ علىٰ الراهن خاصةً.

والعُشْرُ فيما يَخرجُ مقدَّمٌ علىٰ حَقِّ المرتهن.

وما أدَّاه أحدُهما مما وَجَبَ علىٰ صاحبِه: فهو متطوِّعٌ.

وما أنفق أحدُهما مما يجبُ علىٰ الآخَر بأمرِ القاضي: رَجَعَ عليه.

وهذا بخلاف أجرةِ البيت الذي ذكرناه، فإن كلَّها تجبُ علىٰ المرتهن وإنْ كان في قيمة الرهن فضلٌ؛ لأن وجوبَ ذلك بسبب الحَبْسِ، وحَقُّ الحبسِ في الكلِّ ثابتٌ له، فأما الجُعْلُ فإنما يلزمُه لأجل الضمان، فيتقدَّرُ بقَدْر المضمون.

قال: (ومداواةُ الجِراحِ والقُروحِ، ومعالجةُ الأمراضِ، والفداءُ من الجنايةِ تنقسمُ علىٰ المضمونِ والأمانة، والخراجُ علىٰ الراهن خاصةً)؛ لأنه من مُؤَنِ المِلكِ.

قال: (والعُشْرُ فيما يَخرجُ مقدَّمٌ علىٰ حَقِّ المرتهن)؛ لتعلُّقه بالعين، ولا يبطلُ الرهنُ في الباقي؛ لأن وجوبَه لا ينافي ملكَه، بخلاف الاستحقاق.

قال: (وما أدَّاه أحدُهما مما وَجَبَ علىٰ صاحبِه: فهو متطوِّعٌ.

وما أنفق أحدُهما مما يجبُ علىٰ الآخَر بأمرِ القاضي: رَجَعَ عليه)، كأنَّ صاحبَه أَمَرَه به؛ لأن ولايةَ القاضي عامةٌ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يَرجعُ إذا كان صاحبُه حاضراً وإنْ كان بأمر القاضي.

. . . .

وقال أبو يوسف رحمه الله: يَرجعُ في الوجهَيْن، وهي فرعُ مسألةِ الحَجْرِ[1]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) فمذهب أبي حنيفة: أن القاضي لا يلي علىٰ الحاضر، وعندهما: يلي عليه.

باب

ما يجوزُ ارتهانُه، والارتهانُ به، وما لا يجوز

ولا يجوزُ رَهْنُ المُشَاع .

باب

ما يجوزُ ارتهانُه، والارتهانُ به، وما لا يجوز

قال: (ولا يجوزُ رَهْنُ المُشَاع).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: يجوزُ.

ولنا فيه وَجْهان:

أحدُهما: يَبتنِي علىٰ حُكْمِ الرهن، فإنه عندنا: ثبوتُ يدِ الاستيفاء، وهذا لا يُتصوَّرُ فيما يتناولُه العقدُ، وهو المُشَاعُ.

وعنده[2]: المُشَاعُ يَقبَلُ ما هو الحُكمُ عنده، وهو تعيُّنه للبيع.

والثاني: أن موجَبَ الرهنِ هو الحَبْسُ الدائمُ؛ لأنه لم يُشرَعْ إلا مقبوضاً بالنص[3]، أو بالنظر إلىٰ المقصود منه، وهو الاستيثاقُ من الوجه الذي بيَّنَّاه، وكلُّ ذلك يتعلَّقُ بالدوام، ولا يُفضِي إليه إلا استحقاقُ الحَبْس.

---

(١) الحاوي الكبير ٦/١٤.

(٢) أي عند الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾. البقرة/٢٨٣.

. . . .

ولو جوَّزناه في المُشاعِ: يفوتُ الدوامُ؛ لأنه لا بدَّ من المهايأة، فيصيرُ كما إذا قال: رهنتُك يوماً، ويوماً لا.

ولهذا لا يجوزُ فيما يَحتمِلُ القسمةَ، وما لا يحتملُها.

بخلاف الهبة، حيثُ يجوزُ فيما لا يَحتملُ القسمةَ؛ لأن المانعَ في الهبة غرامةُ القسمة، وهو فيما يُقسَم.

أما حُكم الهبةِ: فالملكُ، والمُشَاعُ يَقبَلُه، وها هنا الحُكمُ: ثبوتُ يدِ الاستيفاءِ، والمشاعُ لا يَقبلُه وإن كان لا يحتملُ القسمةُ.

ولا يجوز من شريكه؛ لأنه لا يقبلُ حُكْمَه علىٰ الوجه الأول.

وعلىٰ الوجهِ الثاني: يَسكُنُ يوماً بحُكم الملك، ويوماً بحُكم الرهن، فيصيرُ كأنه رَهَنَ يوماً، ويوماً لا.

والشيوعُ الطارئُ يَمنعُ بقاءَ الرهن، في رواية «الأصل».

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يَمنعُ؛ لأن حُكْمَ البقاءِ أسهلُ من حكم الابتداء، فأشبه الهبةَ.

وجهُ الأول: أن الامتناعَ لعدم المَحَلِّيَّة، وما يَرجعُ إليه، فالابتداءُ والبقاءُ فيه سواءٌ، كالمَحْرَمية في باب النكاح، بخلاف الهبة؛ لأن المشاعَ يَقبلُ حُكمَها، وهو الملكُ.

واعتبارُ القبضِ في الابتداء: لنفي الغرامة، علىٰ ما بيَّنَّاه، ولا حاجةَ إلىٰ

ولا رهنُ ثمرةٍ علىٰ رؤوس النخلِ دونَ النخل، ولا زَرْعٍ في الأرض دونَ الأرض، ولا رَهْنُ النخلِ في الأرض، دونَها.

وكذا إذا رَهَنَ الأرضَ دونَ النخل، أو دونَ الزرع، أو النخلَ دونَ الثمر.

ولو رَهَنَ النخيلَ بمواضعها: جاز.

اعتبارِه في حالة البقاءِ، ولهذا يصحُّ الرجوعُ في بعضِ الهبة، ولا يجوزُ فَسْخُ العقدِ في بعض الرهن.

قال: (ولا) يجوزُ (رهنُ ثمرةٍ علىٰ رؤوس النخلِ دونَ النخل، ولا زَرْعٍ في الأرضِ دونَ الأرض، ولا رَهْنُ النخلِ في الأرض، دونَها)؛ لأن المرهونَ متصلٌ بما ليس بمرهونٍ خِلْقةً، فكان في معنىٰ الشائع.

قال: (وكذا إذا رَهَنَ الأرضَ دونَ النخل، أو دونَ الزرع، أو النخلَ دونَ الثمر)؛ لأن الاتصالَ يقومُ بالطرفَيْن، فصار الأصلُ أنَّ المرهونَ إذا كان متصلاً بما ليس بمرهونٍ: لم يجُزْ؛ لأنه لا يمكنُ قَبْضُ المرهونِ وحدَه.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن رَهْنَ الأرضِ بدون الشجرِ: جائزٌ؛ لأن الشجرَ اسمٌ للنابت، فيكون استثناءُ الأشجار بمواضِعِها.

بخلاف ما إذا رَهَنَ الدارَ دونَ البناء؛ لأن البناءَ اسمٌ للمبنىٰ، فيصيرُ راهناً جميعَ الأرض، وهي مشغولةٌ بملك الراهن.

قال: (ولو رَهَنَ النخيلَ بمواضعها: جاز)؛ لأن هذه مجاوِرةٌ[1]، وهي لا تمنعُ الصحةَ.

---

(١) أي لمكان النخيل.

ولو كان فيه ثمرٌ: يدخلُ في الرهن.

وكذا يدخلُ الزرعُ والرَّطْبةُ في رهن الأرض، ولا يدخلُ في البيع.

ويدخلُ البناءُ والغَرْسُ في رهن الأرضِ والدارِ والقَرية.

ولو رَهَنَ الدارَ بما فيها: جاز.

ولو استُحِقَّ بعضُه: إن كان الباقي يجوزُ ابتداءُ الرهن عليه وحدَه: بقيَ رهناً بحصته، وإلا: بَطَلَ كلُّه.

قال: (ولو كان فيه ثمرٌ: يدخلُ في الرهن)؛ لأنه تابعٌ؛ لاتصاله به، فيدخلُ تَبَعاً؛ تصحيحاً للعقد، بخلاف البيع؛ لأن بيعَ النخلِ بدون الثمر جائزٌ، ولا ضرورةَ إلىٰ إدخاله من غير ذِكْرٍ.

ويخلاف المتاعِ في الدار، حيث لا يدخلُ في رهنِ الدار من غير ذِكْرٍ؛ لأنه ليس بتابعٍ بوجهٍ ما.

قال: (وكذا يدخلُ الزرعُ والرَّطْبةُ في رهن الأرض، ولا يدخلُ في البيع)؛ لِمَا ذكرنا في الثمرة.

(ويدخلُ البناءُ والغَرْسُ في رهن الأرضِ والدارِ والقَرية)؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ولو رَهَنَ الدارَ بما فيها: جاز.

ولو استُحِقَّ بعضُه[1]: إن كان الباقي يجوزُ ابتداءُ الرهن عليه وحدَه: بقيَ رهناً بحصته، وإلا: بَطَلَ كلُّه)؛ لأن الرهنَ جُعِلَ كأنه ما وَرَدَ إلا علىٰ الباقي.

ويَمنعُ التسليمَ: كونُ الراهنِ أو متاعِه في الدار المرهونة.

---

(١) أي استُحِق جزءاً معيناً، غير مشاع.

ولا يصحُّ الرهنُ بالأمانات، كالودائع والعَواري والمضاربات، ومالِ الشركة.

وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونةِ بغيرها، كالمَبيع في يد البائع.

وكذا متاعُه في الوعاءِ المرهون.

ويمنعُ تسليمَ الدابة المرهونةِ: الحِمْلُ عليها، فلا يَتمُّ حتىٰ يُلقيَ الحِمْلَ؛ لأنه شاغِلٌ لها.

بخلاف ما إذا رَهَنَ الحِمْلَ، دونَها، حيث يكونُ رهناً تاماً إذا دَفَعَها إليه؛ لأن الدابةَ مشغولةٌ به، فصار هذا كما إذا رَهَنَ متاعاً في دارٍ، أو في[1] وعاءٍ، دونَ الدارِ والوعاء.

بخلاف ما إذا رَهَنَ سَرْجاً علىٰ دابةٍ، أو لِجاماً في رأسِها، ودَفَعَ الدابةَ مع السَّرْجِ واللِّجام؛ حيث لا يكونُ رهناً حتىٰ يَنزِعَه منها، ثم يسلِّمَه إليه؛ لأنه من توابع الدابة، بمنزلة الثمرةِ للنخيل، حتىٰ قالوا: يدخلُ فيه من غير ذِكْرٍ.

قال: (ولا يصحُّ الرهنُ بالأمانات، كالودائع والعَواري والمضاربات، ومالِ الشركة)؛ لأن القبضَ في باب الرهن قبضٌ مضمونٌ، فلا بدَّ من ضمانٍ ثابتٍ؛ ليقعَ القبضُ مضموناً، ويتحقَّقَ استيفاءُ الدين منه.

قال: (وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونةِ بغيرها، كالمَبيع في يد البائع)؛ لأن الضمانَ ليس بواجبٍ، فإنه إذا هلكتِ العينُ لم يضمنِ البائعُ

---

(١) لفظ: في: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

والرهنُ بالدَّرَك : باطلٌ.

شيئاً، لكنه يسقطُ الثمنُ، وهو حَقُّ البائع، فلا يصحُّ الرهنُ.

فأما الأعيانُ المضمونةُ بعَيْنها، وهو أن يكونَ مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه، مثلُ المغصوب، وبدلِ الخلعِ، والمهرِ، وبدلِ الصلحِ عن دمِ العمد: يصحُّ الرهنُ بها؛ لأن الضمانَ متقرِّرٌ، فإنه إن كان قائماً: وجب تسليمُه، وإن كان هالكاً: تجبُ قيمتُه، فكان رهناً بما هو مضمونٌ، فيصحُّ.

قال: (والرهنُ بالدَّرَك[1]: باطلٌ)، والكفالةُ بالدَّرَك: جائزةٌ.

والفَرْقُ: أن الرهنَ للاستيفاء، ولا استيفاءَ قبلَ الوجوب، وإضافةُ التمليكِ إلىٰ زمانٍ في المستقبلِ لا تجوزُ، أما الكفالةُ: فلالتزام المطالبة، والتزامُ الأفعالِ يصحُّ مضافاً إلىٰ المآل، كما في الصوم والصلاة.

ولهذا تصحُّ الكفالةُ بما ذاب[2] له علىٰ فلانٍ، ولا يصحُّ الرهنُ، فلو قَبَضَه قبلَ الوجوب، فهلك عنده: يَهلِكُ أمانةً؛ لأنه لا عقدَ، حيث وقع باطلاً.

بخلاف الرهنِ بالدَّيْن الموعود، وهو أن يقولَ: رهنتُكَ هذا لتُقْرِضَني ألفَ درهمٍ، وهَلَكَ في يد المرتهن، حيث يَهلِكُ بما سُمِّيَ[3] من المال بمقابلته[4]؛ لأن الموعودَ جُعِلَ كالموجود؛ باعتبار الحاجة.

---

(١) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. البناية ١٥/٢٤٧.

(٢) أي بما وجب.

(٣) وضُبطت في نُسخ: سمَّىٰ. بالمعلوم.

(٤) أي بمقابلة الرهن.

ويصحُّ الرهنُ برأس مالِ السَّلَم، وبثمن الصرف، والمسلَم فيه.

والرهنُ بالمبيع: باطلٌ.

فإن هَلَكَ: ذَهَبَ بغير شيءٍ.

وإن هَلَكَ الرهنُ بثمن الصرف، ورأسِ مالِ السَّلَم في مجلس العقد: تَمَّ الصرفُ والسَّلَمُ، وصار المرتَهِنُ مستوفياً.

ولأنه مقبوضٌ بجهة الرهنِ الذي يصحُّ علىٰ اعتبار وجودِه، فيُعطَىٰ له حكمُه، كالمقبوض علىٰ سَوْمِ الشراء، فيَضمنُه.

قال: (ويصحُّ الرهنُ برأس مالِ السَّلَم، وبثمن الصرف، والمسلَم فيه).

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأن حكمَه الاستيفاءُ، وهذا استبدالٌ؛ لعدم المجانسة، وبابُ الاستبدالِ فيها مسدودٌ.

ولنا: أن المجانسةَ ثابتةٌ في المالية، فيتحقَّقُ الاستيفاءُ من حيثُ المالُ، وهو المضمونُ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (والرهنُ بالمبيع: باطلٌ)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه غيرُ مضمونٍ بنفسه.

قال: (فإن هَلَكَ: ذَهَبَ بغير شيءٍ)؛ لأنه لا اعتبارَ للباطل، فبقيَ قَبْضاً بإذنه.

قال: (وإن هَلَكَ الرهنُ بثمن الصرف، ورأسِ مالِ السَّلَمِ في مجلس العقد: تَمَّ الصرفُ والسَّلَمُ، وصار المرتَهِنُ مستوفياً)؛ لتحقُّقِ القبض حُكْماً.

وإن افترقا قبلَ هلاكِ الرهن : بَطَلا .

وإن هَلَكَ الرهنُ بالمُسلَم فيه : بَطَلَ السَّلَمُ بهلاكه، ومعناه : أنه يصيرُ مستوفِياً للمسلَم فيه .

ولو تفاسخا السَّلَمَ، وبالمُسلَم فيه رهنٌ : يكون ذلك رهناً برأس المال حتىٰ يحبِسَه .

ولو هَلَكَ الرهنُ بعد التفاسخ : يهلِكُ بالطعام المسلَم فيه .

قال: (وإن افترقا قبلَ هلاكِ الرهن: بَطَلا)؛ لفواتِ القبضِ حقيقةً وحُكْماً.

قال: (وإن هَلَكَ الرهنُ بالمُسلَم فيه: بَطَلَ السَّلَمُ بهلاكه، ومعناه: أنه يصيرُ مستوفِياً للمسلَم فيه)، فلم يبقَ السَّلَمُ.

قال: (ولو تفاسخا السَّلَمَ، وبالمُسلَم فيه رهنٌ: يكون ذلك رهناً برأس المال حتىٰ يحبِسَه)؛ لأنه بدلُه، فصار كالمغصوب إذا هَلَكَ وبه رهنٌ، يكونُ رهناً بقيمته.

قال: (ولو هَلَكَ الرهنُ بعد التفاسخ: يهلِكُ بالطعام المسلَم فيه)؛ لأنه رَهَنَه[1] به وإن كان محبوساً بغيره، كمَن باع عبداً، وسلَّم المَبيعَ، وأَخَذَ بالثمن رهناً، ثم تقايلا البيعَ: له أن يَحبِسَه لأخذ المبيع؛ لأن الثمنَ بدلُه.

ولو هلك المرهونُ: يهلِكُ بالثمن؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذا لو اشترىٰ عبداً شراءً فاسداً، وأدَّىٰ ثمنَه: له أن يَحبِسَه ليستوفيَ الثمنَ.

---

(١) أي الراهن.

ولا يجوزُ رهنُ الحُرِّ، والمدبَّرِ، والمكاتَبِ، وأمِّ الولد.

ولا يجوز الرهنُ بالشفعة.

ولا بالعبد الجاني، والعبدِ المأذونِ المديونِ.

ولا بأجرةِ النَّائحةِ، والمُغنِّيَة، حتىٰ لو ضاع: لم يكن مضموناً.

ثم لو هلك المشترَىٰ في يدِ المشتري: يهلِكُ بقيمته، فكذا هذا.

قال: (ولا يجوزُ رهنُ الحُرِّ، والمدبَّرِ، والمكاتَبِ، وأمِّ الولد)؛ لأن حُكْمَ الرهنِ ثبوتُ يدِ الاستيفاء، ولا يتحقَّقُ الاستيفاءُ من هؤلاء؛ لعدم المالية في الحرِّ، وقيامِ المانعِ في الباقِيْن.

ولا يجوز الرهنُ بالكفالة بالنفس.

وكذا بالقصاص في النفس، وما دونَها[1]؛ لتعذُّر الاستيفاء.

بخلاف ما إذا كانتِ الجنايةُ خطأً؛ لأن استيفاءَ الأرشِ من الرهنِ ممكنٌ.

قال: (ولا يجوز الرهنُ بالشفعة)؛ لأن المَبيعَ غيرُ مضمونٍ علىٰ المشتري.

قال: (ولا بالعبد الجاني، والعبدِ المأذونِ المديونِ)؛ لأنه غيرُ مضمونٍ علىٰ المولىٰ، فإنه لو هلك: لا يجبُ عليه شيءٌ.

قال: (ولا بأجرةِ النَّائحةِ، والمُغنِّيَة، حتىٰ لو ضاع: لم يكن مضموناً)؛ لأنه لا يقابلُه شيءٌ مضمونٌ.

---

(١) أي القصاص في الأطراف.

ولا يجوزُ للمسلم أن يَرهنَ خمراً، أو يَرتهِنَه من مسلمٍ، أو ذميٍّ.

ولو اشترىٰ عبداً، ورَهَنَ بثمنه عبداً أو خَلاًّ أو شاةً مذبوحةً، ثم ظَهَرَ العبدُ حراً، أو الخَلُّ خمراً، أو الشاةُ ميتةً: فالرهنُ مضمونٌ.

وكذا إذا قَتَلَ عبداً، ورَهَنَ بقيمته رهناً، ثم ظَهَرَ أنه حرٌّ.

وكذا إذا صالَحَ علىٰ إنكارٍ، ورَهَنَ بما صالَحَ عليه رهناً، ثم تصادقا علىٰ أن لا دينَ: فالرهنُ مضمونٌ.

قال: (ولا يجوزُ للمسلِم أن يَرهنَ خمراً، أو يَرتهِنَه من مسلمٍ، أو ذميٍّ)؛ لتعذُّر الإيفاءِ والاستيفاءِ في حقِّ المسلم.

ثم الراهنُ إذا كان ذمياً: فالخمرُ مضمونٌ عليه للذمي، كما إذا غَصَبَه.

وإن كان المرتهنُ ذمياً: لم يضمَنْها للمسلم، كما لا يضمنُها بالغصب منه.

بخلاف ما إذا جرىٰ ذلك فيما بينهم؛ لأنها مالٌ في حقِّهم.

أما الميتةُ: فليست بمالٍ عندهم، فلا يجوزُ رَهْنُها وارتهانُها فيما بينهم، كما لا يجوزُ فيما بين المسلمين بحالٍ.

قال: (ولو اشترىٰ عبداً، ورَهَنَ بثمنه عبداً أو خَلاًّ أو شاةً مذبوحةً، ثم ظَهَرَ العبدُ حراً، أو الخَلُّ خمراً، أو الشاةُ ميتةً: فالرهنُ مضمونٌ)؛ لأنه رَهَنَه بدينٍ واجبٍ ظاهراً.

قال: (وكذا إذا قَتَلَ عبداً، ورَهَنَ بقيمته رهناً، ثم ظَهَرَ أنه حرٌّ).

وهذا كلُّه علىٰ ظاهرِ الرواية.

قال: (وكذا إذا صالَحَ علىٰ إنكارٍ، ورَهَنَ بما صالَحَ عليه رهناً، ثم تصادقا علىٰ أن لا دينَ: فالرهنُ مضمونٌ).

ويجوزُ للأب أن يَرهنَ بدينٍ عليه عبداً لابنِه الصغير.

ولو هَلَكَ: يهلِكُ مضموناً، والوديعةُ تهلِكُ أمانةً.

والوصيُّ: بمنزلة الأب.

وإذا جاز الرهنُ: يصيرُ المرتَهِنُ مستوفياً دَيْنَه لو هلك في يده، . . . .

وعن أبي يوسف رحمه الله: خلافُه، وكذا قياسُه[1] فيما تقدَّم من جنسه.

قال: (ويجوزُ للأب أن يَرهنَ بدينٍ عليه عبداً لابنِه الصغير)؛ لأنه يملكُ الإيداعَ، وهذا أنظرُ في حَقِّ الصبيِّ منه؛ لأن قيامَ المرتهنِ بحفظِه أبلغُ؛ خِيفةَ الغرامةِ.

قال: (ولو هَلَكَ: يهلِكُ مضموناً، والوديعةُ تهلِكُ أمانةً.

والوصيُّ: بمنزلة الأب)، في هذا الباب؛ لِمَا بيَّنَّا.

وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله: أنه لا يجوزُ ذلك منهما، وهو القياسُ؛ اعتباراً بحقيقة الإيفاء.

ووجهُ الفَرْقِ علىٰ الظاهر، وهو الاستحسانُ: أنَّ في حقيقةِ الإيفاءِ إزالةَ ملكِ الصغيرِ من غير عوضٍ يقابِلُه في الحال، وفي هذا نَصْبُ حافظٍ لمالِه ناجزاً، مع بقاء ملكِه، فوَضَحَ الفرقُ.

قال: (وإذا جاز الرهنُ: يصيرُ المرتَهِنُ مستوفياً دَيْنَه لو هلك في يده،

---

(١) أي قياس أبي يوسف رحمه الله.

ويصيرُ الأبُ مُوْفِياً له، ويَضمنُه للصبيِّ.

وإذا رَهَنَ الأبُ متاعَ الصغير من نفسه، أو من ابنٍ له صغيرٍ، أو عبدٍ له تاجرٍ، لا دَيْنَ عليه: جاز.

ويصيرُ الأبُ)، أو الوصيُّ (مُوْفِياً له، ويَضمنُه للصبيِّ)؛ لأنه قضىٰ دينَه بماله.

وكذا لو سَلَّطا[1] المرتهنَ علىٰ بيعه؛ لأنه توكيلٌ بالبيع، وهما يَملِكانه.

قالوا: أصلُ هذه المسألة: البيعُ، فإن الأبَ أو الوصيَّ إذا باع مالَ الصبيِّ من غريمِ نفسِه: جاز، وتقعُ المُقَاصَّةُ، ويضمنُه للصبيِّ عندهما.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا تقعُ المُقَاصَّةُ.

وكذا وكيلُ البائع بالبيع[2].

والرهنُ: نظيرُ البيعِ؛ نظراً إلىٰ عاقبتِه، من حيث وجوبُ الضمان.

قال: (وإذا رَهَنَ الأبُ متاعَ الصغير من نفسه[3]، أو من ابنٍ له صغيرٍ، أو عبدٍ له تاجرٍ، لا دَيْنَ عليه: جاز)؛ لأن الأبَ لوُفُور شفقته أُنزِلَ منزلةَ شخصَيْن، وأُقيمتْ عبارتُه مَقامَ عبارتَيْن في هذا العقد، كما في بيعه مالَ الصغير من نفسه، فتولَّىٰ طرفَيِ العقد.

---

(١) أي الأب والوصي.

(٢) يعني إذا باع الوكيلُ ممن له عليه دينٌ: تقع المقاصةُ عندهما، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. البناية ١٥/٢٥٦.

(٣) أي رهن الأبُ متاعَ الصغير بدينٍ له من نفسه علىٰ الصغير.

ولو ارتهَنَه الوصيُّ من نفسِه، أو من هذَيْن، أو رَهَنَ عيناً له من اليتيم بحَقٍّ لليتيم عليه: لم يَجُزْ.

وإن استدان الوصيُّ لليتيم في كِسوته وطعامِه، فرَهَنَ به متاعاً لليتيم: جاز.

قال: (ولو ارتهَنَه الوصيُّ من نفسِه، أو من هذَيْن[1]، أو رَهَنَ عيناً له من اليتيم بحَقٍّ لليتيم عليه: لم يَجُزْ)؛ لأنه وكيلٌ مَحْضٌ، والواحدُ لا يتولَّىٰ طرفَيِ العقد في الرهن، كما لا يتولاهما في البيع، وهو قاصِرُ الشفقةِ، فلا يُعدَلُ عن الحقيقة في حقِّه؛ إلحاقاً له بالأب.

والرهنُ من ابنِه الصغيرِ وعبدِه التاجرِ الذي ليس عليه دينٌ: بمنزلة الرهن من نفسِه.

بخلاف ابنِه الكبير، وأبيه، وعبدِه الذي عليه دينٌ؛ لأنه لا ولايةَ له عليهم.

بخلاف الوكيلِ بالبيع إذا باع من هؤلاء؛ لأنه متَّهمٌ فيه، ولا تهمةَ في الرهن؛ لأن له حُكماً واحداً.

قال: (وإن استدان الوصيُّ لليتيم في كِسوته وطعامِه، فرَهَنَ به متاعاً لليتيم: جاز)؛ لأن الاستدانةَ جائزةٌ للحاجة، والرهنُ يقعُ إيفاءً للحقِّ، فيجوز.

---

(١) أي من صغير له، أو عبد مأذون له لا دَيْن عليه.

وكذلك لو اتَّجَرَ لليتيم، فارتهن، أو رَهَنَ.

وإذا رَهَنَ الأبُ متاعَ الصغير، فأدرك الابنُ، وماتَ الأبُ: ليس للابنِ أن يَرُدَّه حتىٰ يقضيَ الدَّيْنَ.

ولو كان الأبُ رَهَنَه لنفسِه، فقضاه الابنُ: رَجَعَ به في مالِ الأب.

وكذلك إذا هَلَكَ قبلَ أن يَفتَكَّه.

قال: (وكذلك لو اتَّجَرَ لليتيم، فارتهن، أو رَهَنَ)؛ لأن الأَوْلىٰ له التجارةُ؛ تثميراً لمال اليتيم، فلا يجدُ بُدّاً من الارتهان والرهنِ؛ لأنه إيفاءٌ واستيفاءٌ.

قال: (وإذا رَهَنَ الأبُ متاعَ الصغير[1]، فأدرك[2] الابنُ، وماتَ الأبُ: ليس للابنِ أن يَرُدَّه[3] حتىٰ يقضيَ الدَّيْنَ)؛ لوقوعه لازماً من جانبه؛ إذْ تصرُّفُ الأبِ: بمنزلة تصرُّفِه بنفسه بعد البلوغ؛ لقيامه مَقامَه.

قال: (ولو كان الأبُ رَهَنَه لنفسِه، فقضاه الابنُ: رَجَعَ به في مالِ الأب)؛ لأنه مضطرٌّ فيه لحاجته إلىٰ إحياء ملكِه، فأشبه مُعِيرَ الرهن.

قال: (وكذلك إذا هَلَكَ قبلَ أن يَفتَكَّه)؛ لأن الأبَ يصيرُ[4] قاضياً دينَه بمالِه، فله أن يرجعَ عليه.

---

(١) لأجل دين الصغير. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) أي بَلَغَ. البناية ١٥/٢٥٨.

(٣) وفي نُسخ: يستردَّه.

(٤) أي عند الهلاك.

ولو رَهَنَه بدَيْنٍ علىٰ نفسِه، وبدَيْنٍ علىٰ الصغير : جاز .

فإن هَلَكَ : ضَمِنَ الأبُ حصتَه من ذلك للولد .

ولو رَهَنَ الوصيُّ متاعاً لليتيم في دَيْنٍ استدانه عليه، وقَبَضَه المرتهنُ، ثم استعاره الوصيُّ لحاجة اليتيم، فضاع في يدِ الوصيِّ : فإنه خَرَجَ من الرهن، وهَلَكَ من مال اليتيم، والمالُ دَيْنٌ علىٰ الوصيِّ .

قال: (ولو رَهَنَه بدَيْنٍ علىٰ نفسِه، وبدَيْنٍ علىٰ الصغير: جاز)؛ لاشتماله علىٰ أمرَيْن جائزَيْن.

قال: (فإن هَلَكَ: ضَمِنَ الأبُ حصتَه من ذلك للولد).

لإيفائه دينَه من ماله بهذا المقدار، وكذلك الوصيُّ.

وكذلك الجدُّ أبُ الأبِ إذا لم يكنِ الأبُ، أو وصيُّ الأب.

قال: (ولو رَهَنَ الوصيُّ متاعاً لليتيم في دَيْنٍ استدانه عليه، وقَبَضَه المرتهنُ، ثم استعاره الوصيُّ لحاجة اليتيم، فضاع في يدِ الوصيِّ: فإنه خَرَجَ من الرهن، وهَلَكَ من مال اليتيم).

لأن فِعلَ الوصيِّ: كفعله بنفسه بعد البلوغ؛ لأنه استعاره لحاجةِ الصبي[1]، والحُكمُ فيه هذا، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (والمالُ دَيْنٌ علىٰ الوصيِّ)، معناه: هو المُطالَبُ به.

---

(١) وفي نسخة ٩٨١هـ: اليتيم.

ثم يرجعُ بذلك علىٰ الصبيِّ.

ولو استعاره لحاجةِ نفسِه: ضَمِنَه للصبيِّ.

ولو غَصَبَه الوصيُّ بعد ما رَهَنَه، فاستعمله لحاجة نفسِه، حتىٰ هلك عنده: فالوصيُّ ضامِنٌ لقيمته.

فإن كانت قيمتُه مثلَ الدَّيْن: أدَّاه إلىٰ المرتهن، ولا يرجعُ علىٰ اليتيم.

وإن كانت قيمتُه أقلَّ أدَّىٰ قَدْرَ القيمة إلىٰ المرتهنِ، . . . .

(ثم يرجعُ بذلك علىٰ الصبيِّ)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في هذه الاستعارة؛ إذ هي لحاجة الصبيِّ.

قال: (ولو استعاره لحاجةِ نفسِه: ضَمِنَه للصبيِّ)؛ لأنه مُتَعدٍّ؛ إذ ليس له ولايةُ الاستعمالِ في حاجة نفسِه.

قال: (ولو غَصَبَه الوصيُّ بعد ما رَهَنَه، فاستعمله لحاجة نفسِه، حتىٰ هلك عنده: فالوصيُّ ضامِنٌ لقيمته)؛ لأنه متعدٍّ في حَقِّ المرتهن بالغصب والاستعمال، وفي حَقِّ الصبيِّ بالاستعمال في حاجة نفسِه، فيَقضِي[1] به الدينَ إن كان قد حَلَّ الأجلُ.

قال: (فإن كانت قيمتُه مثلَ الدَّيْن: أدَّاه إلىٰ المرتهن، ولا يرجعُ علىٰ اليتيم)؛ لأنه وَجَبَ لليتيم عليه مثلُ ما وَجَبَ له علىٰ اليتيم، فالتقيا قصاصاً.

(وإن كانت قيمتُه أقلَّ) من الدين: (أدَّىٰ قَدْرَ القيمة إلىٰ المرتهنِ،

---

(١) أي فيقضي الوصي بالضمان. وضُبطت في نُسخ: فيُقضَىٰ به الدينُ.

وأدَّىٰ الزيادةَ من مال اليتيم.

وإن كانت قيمةُ الرهنِ أكثرَ من الدين: أدَّىٰ قَدْرَ الدين من القيمة إلىٰ المرتهن، والفَضْلُ لليتيم، وإن كان لم يَحُلَّ الدَّيْنُ: فالقيمةُ رهنٌ.

ولو أنه غَصَبَه، واستعمَلَه لحاجة الصغير، حتىٰ هَلَكَ في يده: يضمَنُه لحَقِّ المرتهنِ، ولا يَضمَنُه لحَقِّ الصغير.

وأدَّىٰ الزيادةَ من مال اليتيم)؛ لأن المضمونَ عليه قَدْرُ القيمة، لا غيرُ.

قال: (وإن كانت قيمةُ الرهنِ أكثرَ من الدين: أدَّىٰ قَدْرَ الدين من القيمة إلىٰ المرتهن، والفَضْلُ لليتيم، وإن كان لم يَحُلَّ الدَّيْنُ: فالقيمةُ رهنٌ)؛ لأنه[1] ضامِنٌ للمرتهن بتفويت حَقِّه المحترَمِ، فتكون رهناً عنده.

ثم إذا حَلَّ الأجلُ: كان الجوابُ فيه علىٰ التفصيل الذي فصَّلناه.

قال: (ولو أنه غَصَبَه[2]، واستعمَلَه لحاجة الصغير، حتىٰ هَلَكَ في يده: يضمَنُه[3] لحَقِّ المرتهنِ، ولا يَضمَنُه لحَقِّ الصغير)؛ لأن استعمالَه لحاجةِ الصغيرِ ليس بتعدٍّ، وكذا الأخذُ؛ لأن له ولايةَ أَخْذِ مالِ اليتيم.

ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقرَّ الأبُ، أو الوصيُّ بغصب مالِ الصغير: لا يلزمُه شيءٌ؛ لأنه لا يُتصوَّرُ غصبُه؛ لِمَا أنَّ له ولايةَ الأخذ، فإذا هلك في يده: يضمَنُه للمرتهن، يأخذُه بدَيْنه إن كان قد حَلَّ، ويرجعُ الوصيُّ علىٰ الصغير؛ لأنه ليس بمتعدٍّ، بل هو عاملٌ له.

---

(١) أي الوصي.

(٢) أي أن الوصي غصب الرهنَ.

(٣) أي يضمن الوصي كلَّ قيمة المرهون.

ويجوز رهنُ الدراهمِ، والدنانيرِ، والمكيلِ، والموزونِ.

فإن رُهِنَتْ بجنسِها، فهلَكَتْ: هَلَكَتْ بمثلِها من الدَّيْن وإنِ اختلفا في الجَوْدة.

وفي «الجامع الصغير»: فإن رَهَنَ إبريقَ فضةٍ، وَزْنُه عشرةٌ بعشرةٍ، فضاع: فهو بما فيه.

وإن كان لم يَحُلَّ: يكون رهناً عند المرتهن، ثم إذا حَلَّ الدينُ يأخذُ دينَه منه، ويرجعُ الوصيُّ علىٰ الصبيِّ بذلك؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ويجوز رهنُ الدراهمِ، والدنانيرِ، والمكيلِ، والموزونِ)؛ لأنه يتحققُ الاستيفاءُ منه، فكان مَحَلاًّ للرهن.

قال: (فإن رُهِنَتْ بجنسِها[١]، فهلَكَتْ: هَلَكَتْ بمثلِها من الدَّيْن وإنِ اختلفا في الجَوْدة)؛ لأنه لا معتبرَ بالجودة عند المقابلة بجنسها.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده يصيرُ مستوفياً باعتبار الوزن، دون القيمة.

وعندهما: يضمنُ القيمةَ من خلاف جنسه، ويكون رهناً مكانَه.

(وفي «الجامع الصغير[٢]»: فإن رَهَنَ إبريقَ فضةٍ، وَزْنُه عشرةٌ بعشرةٍ، فضاع: فهو بما فيه.

---

(١) أي الدراهم بالدراهم، والذهب بالذهب.

(٢) ص٢٣٧.

قال رضي الله عنه : معناه : أنْ تكون قيمتُه مثلَ وزنِه، أو أكثر.
فإن كانت قيمتُه أقلَّ من الدَّيْن : فهو علىٰ هذا الخلافِ المذكور.

قال رضي الله عنه: معناه: أنْ تكون قيمتُه مثلَ وزنِه، أو أكثر).

هذا الجوابُ في الوجهَيْن بالاتفاق؛ لأن الاستيفاءَ عنده باعتبار الوزنِ، وعندهما: باعتبار القيمة، وهي مثلُ الدَّيْنِ في الأول، وزيادةٌ عليه في الثاني، فيصيرُ بقَدْرِ الدين مستوفياً.

قال: (فإن كانت قيمتُه[1] أقلَّ من الدَّيْن: فهو علىٰ هذا الخلافِ المذكور).

لهما: أنه لا وَجْهَ إلىٰ الاستيفاء بالوزن؛ لِمَا فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلىٰ اعتبار القيمةِ؛ لأنه يؤدي إلىٰ الربا، فصِرْنا إلىٰ التضمين، بخلاف الجنس؛ لينتقِضَ القبضُ، ويُجعَلَ رهناً مكانَه، ثم يتملَّكُه.

وله: أن الجودةَ ساقطةُ العبرةِ في الأموال الربويةِ عند المقابلةِ بجنسها، واستيفاءُ الجيدِ بالرديءِ[2]: جائزٌ، كما إذا تُجُوِّزَ به[3]، وقد حصل الاستيفاءُ، بالإجماع.

ولهذا يُحتاجُ إلىٰ نَقْضِه، ولا يُمكنُ نَقْضُه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بدَّ له من مُطالِبٍ ومُطالَبٍ.

---

(١) أي الرهن.

(٢) وبعضهم جعل الصواب: استيفاء الرديء بالجيد. البناية ١٥/٢٦٣.

(٣) إذ التجوز يكون فيما إذا أُخذ الرديء مكان الجيد.

. . . .

وكذا الإنسانُ لا يَضمَنُ مِلْكَ نفسِه، وبتعذُّر التضمينِ: يتعذَّرُ النَّقْضُ.

وقيل: هذه فُرَيْعةُ ما إذا استوفىٰ الزيوفَ مكانَ الجِيَادِ، فهلكتْ، ثم عَلِمَ بالزِّيافة[١]: يَمنعُ الاستيفاءَ[٢]، وهو معروفٌ[٣]، غيرَ أن البناءَ لا يصحُّ، علىٰ ما هو المشهور؛ لأن محمداً رحمه الله فيها[٤] مع أبي حنيفة رحمه الله، وفي هذه[٥] مع أبي يوسف رحمه الله.

والفَرْقُ لمحمدٍ رحمه الله: أنه قَبَضَ الزُّيُوفَ ليستوفيَ من عينها، والزِّيافةُ لا تمنعُ الاستيفاءَ، وقد تَمَّ بالهلاك، وقَبَضَ الرهنَ ليستوفيَ من مَحَلٍّ آخَرَ، فلا بدَّ من نَقْضِ القبض، وقد أمكن[٦] عندَه بالتضمين.

ولو انكسر الإبريقُ: ففي الوجه الأول، وهو ما إذا كانت قيمتُه مثلَ وَزْنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا يُجبَرُ علىٰ الفِكاك؛ لأنه لا وَجْهَ إلىٰ أن يَذهبَ شيءٌ من الدين؛ لأنه يصيرُ قاضياً دَيْنَه بالجَوْدة علىٰ

---

(١) وضُبطت الزاي في نُسخ: بكسرها، وقد تكرر ذكرها من قبل.

(٢) قوله: يمنع الاستيفاء: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي حكم استيفاء الزيوف من الجياد معروفٌ، أي صح الاستيفاء عندهما، ولم يصح عند أبي يوسف. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) أي في مسألة الزيافة.

(٥) أي في مسألة الرهن، وفي نُسخ: هذا. قلت: أي الرهن.

(٦) أي نقض القبض.

. . . .

الانفراد، ولا إلىٰ أن يَفتكَّه مع النقصان؛ لِمَا فيه من الضرر فخيَّرناه: إن شاء افتكَّه بما فيه، وإن شاء ضمَّنه قيمتَه من جنسِه، أو خلافِ جنسِه، وتكونُ[1] رهناً عند المرتهن، والمكسورُ للمرتهن بالضمان.

وعند محمدٍ رحمه الله: إن شاء افتكَّه ناقصاً، وإن شاء جَعَلَه بالدين؛ اعتباراً لحالة الانكسارِ بحالة الهلاك.

وهذا لأنه لَمَّا تَعَذَّر الفِكاكُ مجاناً: صار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي: مضمونٌ بالدين، بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

قلنا: الاستيفاءُ عند الهلاكِ بالمالية، وطريقُه: أن يكونَ مضموناً بالقيمة، ثم تقع المقاصَّةُ، وفي جَعْلِه بالدين: إغلاقُ الرهن، وهو حُكمٌ جاهليٌّ، فكان التضمينُ بالقيمة أَولىٰ.

وفي الوجهِ الثالث: وهو ما إذا كانت قيمتُه أقلَّ من وَزْنه ثمانيةً: يضمنُ قيمتَه جيداً من خلاف جنسِه، أو رديئاً من جنسه، وتكونُ رهناً عنده.

وهذا بالاتفاق، أما عندهما: فظاهرٌ، وكذلك عند محمدٍ رحمه الله؛ لأنه يَعتبرُ حالةَ الانكسارِ بحالة الهلاكِ، والهلاكُ عنده بالقيمة.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا كانت قيمتُه أكثرَ من وَزْنه اثني عشر: عند أبي حنيفة رحمه الله: يضمنُ جميعَ قيمتِه، وتكونُ رهناً عنده؛ لأن العبرةَ للوزن عنده، لا للجَوْدة والرداءة.

---

(١) أي القيمة.

. . . .

فإن كان باعتبار الوزن كلُّه مضموناً: يُجعَلُ كلُّه مضموناً، وإن كان بعضُه: فبعضُه.

وهذا لأن الجَوْدَةَ تابعةٌ للذات، ومتىٰ صار الأصلُ مضموناً: استحال أن يكون التابعُ أمانةً.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يضمَنُ خمسةَ أسداسِ قيمتِه، وتكونُ خمسةُ أسداسِ الإبريقِ له بالضمان، وسُدُسُه يُفرَزُ حتىٰ لا يبقىٰ الرهنُ شائعاً، وتكونُ مع قيمتِه خمسةُ أسداس المكسور رهناً؛ فعنده تُعتبرُ الجَوْدةُ والرداءةُ، وتُجعَلُ زيادةُ القيمةِ كزيادة الوزن، كأنَّ وزنَه اثنا عشر.

وهذا لأن الجَوْدَةَ متقوِّمةٌ في ذاتها، حتىٰ تُعتَبَرُ عند المقابلة بخلاف جنسِها.

وفي تصرُّفِ المريضِ[١] وإن كانت[٢] لا تُعتبرُ عند المقابلة بجنسها سمعاً[٣]، فأمكنَ اعتبارُها.

وفي بيان قولِ محمدٍ رحمه الله نوعُ طُوْلٍ، يُعرَفُ في موضعِه من «المبسوط»، و«الزيادات»، مع جميع شُعَبِها[٤].

---

(١) أي مرض الموت.

(٢) أي الجودة.

(٣) أي سماعاً من الشارع.

(٤) وهي ستةٌ وعشرون فصلاً. ينظر البناية ١٥/ ٢٦٩.

ومَن باع عبداً علىٰ أن يَرهنَه المشتري شيئاً بعينه : جاز؛ استحساناً .

قال: (ومَن باع عبداً علىٰ أن يَرهنَه المشتري شيئاً بعينه: جاز؛ استحساناً)، والقياسُ: أن لا يجوز.

وعلىٰ هذا القياسِ والاستحسانِ: إذا باع شيئاً[١] علىٰ أن يُعطيَه كفيلاً معيَّناً حاضراً في المجلس، فقَبِلَ[٢].

وَجْهُ القياس: أنه صفقةٌ في صفقةٍ، وهو منهيٌّ عنه[٣].

ولأنه شَرْطٌ لا يقتضيه العقدُ، وفيه منفعةٌ لأحدهما، ومثلُه يُفسِدُ البيعَ.

وجهُ الاستحسان: أنه شَرْطٌ ملائِمٌ للعقد؛ لأن الكفالةَ والرهنَ للاستيثاق، وأنه يُلائم الوجوبَ، فإذا كان الكفيلُ حاضراً في المجلس، والرهنُ معيَّناً: اعتبرنا فيه المعنىٰ، وهو ملائمٌ، فصحَّ العقد.

وإذا لم يكنِ الرهنُ ولا الكفيلُ معيَّناً، أو كان الكفيلُ غائباً، حتىٰ افترقا: لم يبقَ معنىٰ الكفالةِ والرهن؛ للجهالة، فبقيَ الاعتبارُ لعَيْنه، فيفسُدُ.

ولو كان غائباً، فحَضَرَ في المجلس، وقَبِلَ[٤]: صحَّ.

---

(١) وفي نُسخ: عبداً.

(٢) أي فقَبِلَ الكفيل الكفالة.

(٣) مسند أحمد (٣٧٨٣)، صحيح ابن خزيمة (١٧٦)، صحيح ابن حبان (١٠٥٣)، مسند البزار (٢٠١٧)، وبلفظ: عن بيعتين في بيع: سنن الترمذي (١٢٣١)، وصححه، نصب الراية ٢٠/٤، الدراية ١٥٢/٢، البدر المنير ٤٤٢/١٦، وتقدم في البيوع الفاسدة.

(٤) أي الكفيل.

ولو امتَنَعَ المشتري عن تسليمِ الرهن : لم يُجبَرْ عليه .

ولكنَّ البائعَ بالخيار : إن شاء رضيَ بتَرْك الرهنِ، وإن شاء فَسَخَ البيعَ.

إلا أن يَدفعَ المشتري الثمنَ حالاًّ، أو يدفعَ قيمةَ الرهنِ رهناً.

ومَن اشترىٰ شيئاً بدراهم، فقال للبائع : أمسِكْ هذا الثوبَ حتىٰ أعطيَكَ الثمنَ : فالثوبُ رهنٌ.

قال: (ولو امتَنَعَ المشتري عن تسليمِ الرهن: لم يُجبَرْ عليه).

وقال زفر رحمه الله: يُجبَرُ؛ لأن الرهنَ إذا شُرِطَ في البيع: صار حقّاً من حقوقِه، كالوكالة المشروطةِ في الرهن، فيلزمُه بلزومه.

ونحن نقول: الرهنُ عقدُ تبرُّعٍ من جانب الراهن، علىٰ ما بيَّنَّاه ،ولا جَبْرَ علىٰ التبرعات.

قال: (ولكنَّ البائعَ بالخيار: إن شاء رضيَ بتَرْك الرهنِ، وإن شاء فَسَخَ البيعَ)؛ لأنه وَصْفٌ مرغوبٌ فيه، وما رضِيَ إلا به، فيتخيَّرُ بفواته.

قال: (إلا أن يَدفعَ المشتري الثمنَ حالاًّ)؛ لحصول المقصود.

(أو يدفعَ قيمةَ الرهنِ رهناً)؛ لأن يدَ الاستيفاءِ تثبتُ علىٰ المعنىٰ، وهو القيمةُ.

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً بدراهم، فقال للبائع: أمسِكْ هذا الثوبَ حتىٰ أعطيَكَ الثمنَ: فالثوبُ رهنٌ)؛ لأنه أتىٰ بما يُنبِئُ عن معنىٰ الرهن، وهو الحبسُ إلىٰ وقتِ الإعطاء، والعبرةُ في العقود للمعاني، حتىٰ كانت الكفالةُ بشرط براءةِ الأصيل: حوالةً، والحوالةُ في ضد ذلك: كفالةً.

. . . .

وقال زفر رحمه الله: لا يكونُ رهناً، ومثلُه عن أبي يوسف رحمه الله يكونُ وديعةً[(١)]؛ لأن قولَه: أمسِكْ: يحتمل الرهنَ، ويحتملُ الإيداعَ، والثاني أقلُّهما، فيُقضَىٰ بثبوته.

بخلاف ما إذا قال: أمسِكْه بدَيْنكَ أو بمالِكَ؛ لأنه لَمَّا قابله بالدَّيْن: فقد عيَّن جهةَ الرهن.

قلنا: لَمَّا مَدَّه إلىٰ وقت الإعطاء: عُلِمَ أن مرادَه الرهنُ، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) قوله: يكون وديعةً: مثبتٌ في نسخة أخو الوزير، و١٠٣٨هـ، وغيرهما، وسقط من نُسخ عديدةٍ.

فصلٌ

ومَن رَهَنَ عبدَيْن بألفٍ، فقضىٰ حِصَّةَ أحدِهما : لم يكن له أن يَقبِضَه حتىٰ يُؤدِّيَ باقِيَ الدين.

فصلٌ

في بيان الرَّهْن، أو الرَّاهِن، أو المُرتَهِن إذا كانا اثنَيْن

قال: (ومَن رَهَنَ عبدَيْن بألفٍ، فقضىٰ حِصَّةَ أحدِهما: لم يكن له أن يَقبِضَه حتىٰ يُؤدِّيَ باقِيَ الدين).

وحصةُ كلِّ واحدٍ منهما ما يَحُصُّه[1] إذا قُسِمَ الدينُ علىٰ قيمتهما، وهذا لأن الرهنَ محبوسٌ بكلِّ الدين، فيكونُ محبوساً بكلِّ جزءٍ من أجزائه؛ مبالغةً في حَمْلِه علىٰ قضاء الدين، وصار كالمبيع في يد البائع.

فإن سمَّىٰ لكلِّ واحدٍ من أعيان الرهنِ شيئاً من المال الذي رَهَنَه به: فكذلك الجوابُ في رواية «الأصل».

وفي «الزيادات»: له أن يَقبِضَه إذا أدَّىٰ ما سمَّىٰ له.

وجهُ الأول: أن العقدَ متَّحِدٌ لا يَتفرَّقُ بتفرُّق التسمية، كما في البيع.

وجهُ الثاني: أنه لا حاجةَ إلىٰ الاتحاد؛ لأن أحدَ العقدَيْن لا يصيرُ مشروطاً في الآخَر؛ ألا يُرىٰ أنه لو قَبِلَ الرهنَ في أحدهما: جاز.

---

(١) بالحاء المهملة، أي ما يصيبه. البناية ١٥/٢٧٥.

فإن رَهَنَ عيناً واحدةً عند رجلَيْن بدَيْنٍ، لكلٍّ واحدٍ منهما عليه: جاز، وجميعُها رهنٌ عند كلٍّ واحدٍ منهما.

فإن تهايآ: فكلٌّ واحدٍ منهما في نَوْبتِه: كالعَدْل في حَقِّ الآخَر، والمضمونُ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما: حِصَّتُه من الدَّيْن.

فإن أعطىٰ أحدَهما دينَه: كان كلُّه رهناً في يدِ الآخَر حتىٰ يستوفيَ الآخَرُ دينَه.

قال: (فإن رَهَنَ عيناً واحدةً عند رجلَيْن بدَيْنٍ، لكلٍّ واحدٍ منهما عليه: جاز، وجميعُها رهنٌ عند كلٍّ واحدٍ منهما)؛ لأن الرهنَ أُضيف إلىٰ جميع العين، في صفقةٍ واحدةٍ، ولا شيوعَ فيه، وموجَبُه صيرورتُه محتَبَساً بالدين، وهذا ممَّا لا يَقبلُ الوصفَ بالتجزُّؤ، فصار محبوساً بكلٍّ واحدٍ منهما.

وهذا بخلاف الهبةِ من رجلَيْن، حيثُ لا تجوزُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (فإن تهايآ[١]: فكلٌّ واحدٍ منهما في نَوْبتِه: كالعَدْل في حَقِّ الآخَر، والمضمونُ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما: حِصَّتُه من الدَّيْن[٢]).

لأن عندَ الهلاكِ يصيرُ كلُّ واحدٍ منهما مستوفياً حصتَه؛ إذِ الاستيفاءُ مما يتجزَّأ.

قال: (فإن أعطىٰ أحدَهما دينَه: كان كلُّه رهناً في يدِ الآخَر حتىٰ يستوفيَ الآخَرُ دينَه)؛ لأن جميعَ العينِ رهنٌ في يدِ كلٍّ واحدٍ منهما من غيرِ تفرُّقٍ.

---

(١) وفي نُسخ: تناييا.

(٢) قوله: من الدين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن رَهَنَ رجلان بدَيْنٍ عليهما رجلاً رهناً واحداً: فهو جائزٌ، والرهنُ رهنٌ بكلِّ الدين، وللمرتهنِ أن يُمسِكَه حتىٰ يستوفِيَ جميعَ الدين.

فإن أقام الرجلان كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ رجلٍ أنه رَهَنَه عبدَه الذي في يده، وقَبَضَه: فهو باطلٌ.

وعلىٰ هذا: حَبْسُ المبيعِ إذا أدَّىٰ أحدُ المشترِيَيْن حصتَه من الثمن.

قال: (وإن رَهَنَ رجلان بدَيْنٍ عليهما رجلاً رهناً واحداً: فهو جائزٌ، والرهنُ رهنٌ بكلِّ الدين، وللمرتهنِ أن يُمسِكَه حتىٰ يستوفِيَ جميعَ الدين)؛ لأن قَبْضَ الرهنِ يحصلُ في الكلِّ من غير شيوع.

قال: (فإن أقام الرجلان كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ رجلٍ أنه رَهَنَه عبدَه الذي في يده، وقَبَضَه: فهو باطلٌ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثبت ببيِّنته أنه رَهَنَه كلَّ العبد.

ولا وجهَ إلىٰ القضاء لكلِّ واحدٍ منهما بالكل؛ لأن العبدَ الواحدَ يستحيلُ أن يكون كلُّه رهناً لهذا، وكلُّه رهناً لذلك في حالةٍ واحدةٍ.

ولا إلىٰ القضاء بكلِّه لواحدٍ بعينه؛ لعدم الأَوْلوية.

ولا إلىٰ القضاء لكل واحدٍ منهما بالنصف؛ لأنه يؤدي إلىٰ الشيوع، فتعذَّرَ العملُ بهما، وتعيَّنَ التهاتُرُ.

ولا يُقالُ: إنه يكون رهناً لهما، كأنهما ارتهناه معاً إذا[1] جُهِلَ التاريخُ بينهما.

---

(١) وفي نُسخ: إذْ. بدون ألف.

ولو مات الراهنُ، والعبدُ في أيديهما، فأقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ ما وصفنا: كان في يدِ كلٍّ واحدٍ منهما نصفُه رهناً، يبيعُه بحقِّه؛ استحساناً.

وجَعَلَ في كتاب الشهادات[1] هذا وجهَ الاستحسان؛ لأنا نقول: هذا عملٌ علىٰ خلاف ما اقتضَتْه الحُجَّة؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما أثبت ببينته حَبْساً يكونُ وسيلةً إلىٰ مثله في الاستيفاء، وبهذا القضاءِ يثبتُ حَبْسٌ يكونُ وسيلةً إلىٰ شَطْره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً علىٰ وَفْقِ الحجَّة.

وما ذكرناه[2] وإن كان قياساً، لكنَّ محمداً رحمه الله أَخَذَ به؛ لقُوَّته.

وإذا وقع باطلاً، فلو هَلَكَ: يهلِكُ أمانةً؛ لأن الباطلَ لا حُكْمَ له.

قال: (ولو مات الراهنُ، والعبدُ في أيديهما، فأقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ ما وصفنا: كان في يدِ كلٍّ واحدٍ منهما نصفُه رهناً، يبيعُه بحقِّه؛ استحساناً)، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وفي القياس: هذا باطلٌ، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الحبسَ للاستيفاء حكمٌ أصليٌّ لعقد الرهن، فيكونُ القضاءُ به قضاءً بعقد الرهن، وأنه باطلٌ؛ للشيوع، كما في حالة الحياة.

وجهُ الاستحسان: أن العقدَ لا يُرادُ لذاته، وإنما يُرادُ لحُكْمِه، وحُكْمُه

---

(١) في كتاب الأصل (المبسوط) للإمام محمد رحمه الله.

(٢) أي أنه عملٌ علىٰ خلاف ما اقتضته الحجة.

. . . .

في حالة الحياة: الحَبْسُ، والشيوعُ يَضرُّه، وبعد المماتِ: الاستيفاءُ بالبيع في الدين، والشيوعُ لا يضرُّه.

وصار كما إذا ادعىٰ الرجلانِ نكاحَ امرأةٍ، أو ادَّعت أختانِ النكاحَ علىٰ رجلٍ، وأقاموا البينةَ: تهاترتِ البينات في حالة الحياة، ويُقضىٰ بالميراثِ بينهم بعد الممات؛ لأنه يَقبلُ الانقسامَ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
الرهن يُوضَعُ علىٰ يدِ العَدْلٍ

وإذا اتفقا علىٰ وَضْعِ الرهنِ علىٰ يدِ العَدْل : جاز .

باب
الرهن يُوضَعُ علىٰ يدِ العَدْل[١]

قال: (وإذا اتفقا[٢] علىٰ وَضْعِ الرهنِ علىٰ يدِ العَدْلٍ[٣]: جاز).

وقال مالكٌ[٤] رحمه الله: لا يجوزُ، ذَكَرَ قولَه[٥] في بعضِ النُّسَخ.

لأن يدَ العدل: يدُ المالك، ولهذا يرجعُ العدلُ عليه عند الاستحقاق، فانعدم القبضُ.

ولنا: أن يدَه علىٰ الصورة[٦]: يدُ المالك في الحفظ؛ إذِ العينُ أمانةٌ،

---

(١) وفي نُسخ: عَدْلٍ، وفي نُسخ: يدي العدل.

(٢) أي الراهن والمرتهن.

(٣) وفي نسخة ٩٨١هـ: يد رجلٍ عدلٍ.

(٤) المذكور في كُتُب المالكية الجواز كالحنفية. ينظر التلقين ص١٢٥.

(٥) أي ذكر محمدٌ في بعض نُسخ المبسوط قولَ مالك، وفي بعضها: ذكر خلافَ ابن أبي ليلىٰ: مكان قول مالك. كما في حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وحاشية نسخة ٧٤٨هـ وحاشية نسخة ٦٤٤ السليمانية، وينظر البناية ١٥/٢٨٢.

(٦) يعني بالنظر إلىٰ الظاهر.

وليس للمرتَهِن، ولا للراهِنِ أن يأخذَه منه.

فلو هَلَكَ في يده: هَلَكَ في ضمان المرتَهِن.

ولو دَفَعَ العَدْلُ إلىٰ الراهنِ أو المرتَهِنِ: ضَمِنَ.

وإذا ضَمِنَ العَدْلُ قيمةَ الرهنِ بعدَ ما دَفَعَ إلىٰ أحدِهما، . . . .

وفي حقِّ المالية: يدُ المرتهن؛ لأن يدَه يدُ ضمانٍ، والمضمونُ هو المالية، فنُزِّلَ[1] منزلةَ الشخصين؛ تحقيقاً لِمَا قَصَداه من الرهن.

وإنما يرجعُ العدلُ علىٰ المالكِ في الاستحقاق: لأنه نائبٌ عنه في حفظ العين، كالمودَع.

قال: (وليس للمرتَهِن، ولا للراهِنِ أن يأخذَه منه)؛ لتعلُّقِ حَقِّ الراهنِ في الحفظِ بيده وأمانتِه، وتعلُّقِ حَقِّ المرتَهِن به استيفاءً، فلا يَملِكُ أحدُهما إبطالَ حَقِّ الآخَر.

قال: (فلو هَلَكَ في يده: هَلَكَ في ضمان المرتَهِن)؛ لأن يدَه في حَقِّ المالية: يدُ المرتهن، وهي المضمونةُ.

قال: (ولو دَفَعَ العَدْلُ إلىٰ الراهنِ أو المرتَهِنِ: ضَمِنَ)؛ لأنه مودَعُ الراهنِ: في حَقِّ العين، ومودَعُ المرتَهِن: في حَقِّ المالية، وأحدُهما أجنبيٌّ عن الآخَر، والمودَعُ يَضمَنُ بالدفع إلىٰ الأجنبي.

قال: (وإذا ضَمِنَ العَدْلُ قيمةَ الرهنِ بعدَ ما دَفَعَ إلىٰ أحدِهما،

---

(١) أي نُزِّل العدلُ منزلة الراهن والمرتهن.

وقد استهلكه المدفوعُ إليه، أو هَلَكَ في يده: لا يَقدِرُ أن يَجعلَ القيمةَ رهناً في يده.

وإن كان ضَمِنَها بالدفع إلىٰ المرتهن: فالراهنُ يأخذُ القيمةَ منه.

وقد استهلكه المدفوعُ إليه، أو هَلَكَ في يده: لا يَقدِرُ أن يَجعلَ القيمةَ رهناً في يده)؛ لأنه يصير قاضياً[١] ومقتضياً[٢]، وبينهما تنافٍ، لكنْ يتَّفِقان علىٰ أن يأخذاها[٣] منه، ويجعلاها رهناً عنده، أو عند غيره.

ولو تعذَّر اجتماعُهما: يَرفَعُ أحدُهما إلىٰ القاضي ليفعل كذلك.

ولو فَعَل ذلك[٤]، ثم قضىٰ الراهنُ الدينَ، وقد ضمن العدلُ القيمةَ بالدفع إلىٰ الراهن: فالقيمةُ سالِمَةٌ له[٥]؛ لوصول المرهونِ إلىٰ الراهن، ووصولِ الدينِ إلىٰ المرتهنِ، ولا يجتمعُ البدلُ والمُبدَلُ في ملكٍ واحدٍ.

قال: (وإن كان[٦] ضَمِنَها بالدفع إلىٰ المرتهن: فالراهنُ يأخذُ القيمةَ منه)؛ لأن العينَ لو كانت قائمةً في يده: يأخذُها إذا أدَّىٰ الدينَ، فكذلك يأخذُ ما قام مَقامَها، ولا جَمْعَ فيه بين البدلِ والمُبدَل.

---

(١) أي مؤدياً للقيمة.

(٢) أي قابضاً للقيمة.

(٣) أي القيمة.

(٤) أي جُعلت القيمة في يد العدل.

(٥) أي للعدل.

(٦) أي إن كان العدلُ ضمن القيمة.

وإذا وكَّلَ الراهنُ المرتهنَ أو العدلَ أو غيرَهما ببيع الرهن عند حلولِ الدين : فالوكالةُ جائزةٌ.

وإن شُرِطَتْ في عقدِ الرهن : فليس للراهنِ أن يَعزِلَ الوكيلَ، وإن عَزَلَه : لم ينعزل.

ولو وكَّله بالبيع مطلقاً، حتىٰ مَلَكَ البيعَ بالنقد والنسيئة، ثم نهاه عن البيع نسيئةً : لم يَعمَلْ نهيُه.

قال: (وإذا وكَّلَ الراهنُ المرتهنَ أو العدلَ أو غيرَهما ببيع الرهن عند حلولِ الدين: فالوكالةُ جائزةٌ)؛ لأنه توكيلٌ ببيع مالِه.

قال: (وإن شُرِطَت[1] في عقدِ الرهن: فليس للراهنِ أن يَعزِلَ الوكيلَ، وإن عَزَلَه: لم ينعزل)؛ لأنها لَمَّا شُرِطَتْ في ضمن عقد الرهن: صار وَصْفاً من أوصافِه، وحَقّاً من حقوقِه؛ ألا ترىٰ أنه لزيادة الوثيقة، فيَلزمُ بلزوم أصله.

ولأنه تَعلَّقَ به حَقُّ المرتَهِنِ، وفي العزل: إتواءُ حَقِّه، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي.

قال: (ولو وكَّله بالبيع مطلقاً، حتىٰ مَلَكَ البيعَ بالنقد والنسيئة، ثم نهاه عن البيع نسيئةً: لم يَعمَلْ نهيُه)؛ لأنه لازِمٌ بأصلِه، فكذا بوصفه؛ لِمَا ذكرنا.

---

(١) أي الوكالة.

وكذا إذا عَزَلَه المرتهنُ: لا ينعزلُ.

وإن مات الراهنُ: لم ينعزل.

وللوكيل أن يبيعَه بغير مَحْضَرٍ من الورثةِ.

وإن مات المرتهنُ: فالوكيلُ علىٰ وكالته.

وإن مات الوكيلُ: انتقضتِ الوكالةُ.

قال: (وكذا إذا عَزَلَه المرتهنُ: لا ينعزلُ)؛ لأنه لم يوكِّلْه، وإنما وكَّلَه غيرُه.

قال: (وإن مات الراهنُ: لم ينعزل)؛ لأن الرهنَ لا يبطلُ بموته.

ولأنه لو بَطَلَ به: إنما يبطلُ لِحَقِّ الورثةِ، وحَقُّ المرتهنِ مقدَّمٌ.

قال: (وللوكيل أن يبيعَه بغير مَحْضَرٍ من الورثةِ)، كما يبيعُه في حال حياته بغير مَحضَرٍ منه[1].

قال: (وإن مات المرتهنُ: فالوكيلُ علىٰ وكالته)؛ لأن العقدَ لا يبطلُ بموتهما، ولا بموتِ أحدِهما، فيبقىٰ بحقوقه وأوصافه.

قال: (وإن مات الوكيلُ: انتقضتِ الوكالةُ)، ولا يقومُ وارثُه ولا وصيُّه مَقامَه؛ لأن الوكالةَ لا يجري فيها الإرثُ.

ولأن الموكِّلَ رضِيَ برأيه، لا برأي غيرِه.

---

(١) أي الراهن المديون.

وليس للمرتهنِ أن يبيعَه إلا برضا الراهن.

وليس للراهن أن يبيعَه إلا برضا المرتَهِن.

فإن حَلَّ الأجلُ، وأبىٰ الوكيلُ الذي في يده الرهنُ أن يبيعَه، والراهنُ غائبٌ: أُجبِرَ علىٰ بيعِه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ وصيَّ الوكيل يملكُ بيعَه؛ لأن الوكالةَ لازمةٌ، فيَملِكُه الوصيُّ، كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأسُ المال أعياناً: يَملكُ وصيُّ المضاربِ بيعَها؛ لِمَا أنه[1] لازمٌ بعد ما صار أعياناً.

قلنا: التوكيلُ حقٌّ لازمٌ، لكنْ عليه، والإرثُ يجري فيما له[2]، بخلاف المضاربة؛ لأنها حقُّ المضارب.

قال: (وليس للمرتهنِ أن يبيعَه إلا برضا الراهن)؛ لأنه[3] مِلْكُه، وما رضيَ ببيعه.

قال: (وليس للراهن أن يبيعَه إلا برضا المرتَهِن)؛ لأن المرتهنَ أحَقُّ بماليته من الراهن، فلا يَقْدِرُ الراهنُ علىٰ تسليمِه بالبيع.

قال: (فإن حَلَّ الأجلُ، وأبىٰ الوكيلُ الذي في يده الرهنُ أن يبيعَه، والراهنُ غائبٌ: أُجبِرَ علىٰ بيعِه)؛ لِمَا ذَكَرْنا من الوجهَيْن في لزومه.

---

(١) أي البيع. البناية ١٥/٢٨٧.

(٢) لا فيما عليه.

(٣) أي المرهون.

وكذلك الرجلُ يوكِّلُ غيرَه بالخصومة، وغاب الموكِّلُ، فأبىٰ الوكيلُ أن يخاصِمَ: أُجبِرَ علىٰ الخصومة.

وإذا باع العَدْلُ الرهنَ: فقد خَرَجَ من الرهن، والثمنُ قائمٌ مَقامَه، فكان رهناً وإن لم يُقبَضْ بعدُ.

قال: (وكذلك الرجلُ يوكِّلُ غيرَه بالخصومة، وغاب الموكِّلُ، فأبىٰ الوكيلُ أن يخاصِمَ: أُجبِرَ علىٰ الخصومة)؛ للوجه الثاني، وهو أنَّ فيه إتواءَ الحقِّ، بخلاف الوكيل بالبيع؛ لأن الموكِّلَ يبيعُ بنفسه، فلا يَتْوىٰ حقُّه.

أما المدَّعي لا يَقدِرُ علىٰ الدعوىٰ، والمرتهنُ لا يملكُ بيعَه بنفسه.

ولو لم يكن التوكيلُ مشروطاً في عقدِ الرهن، وإنما شُرِطَ بعده: قيل: لا يُجبَرُ؛ اعتباراً بالوجه الأول.

وقيل: يُجبَرُ؛ رجوعاً إلىٰ الوجه الثاني، وهذا أصحُّ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ الجوابَ في الفصلَيْن واحدٌ.

ويؤيِّدُه إطلاقُ الجوابِ في «الجامع الصغير»، وفي «الأصل».

قال: (وإذا باع العَدْلُ الرهنَ: فقد خَرَجَ من الرهن، والثمنُ قائمٌ مَقامَه، فكان رهناً وإن لم يُقبَضْ بعدُ)؛ لقيامِه مَقامَ ما كان مقبوضاً.

وإذا تَوَىٰ: كان[1] من مال المرتهن؛ لبقاء عقدِ الرهن في الثمن؛ لقيامِه مَقامَ المبيعِ المرهون.

---

(١) أي الثمن.

وإن باع العدلُ الرهنَ، فأوفىٰ المرتهنَ الثمنَ، ثم استُحِقَّ الرهنُ، فضَمِنَه العدلُ: كان بالخيار: إن شاء ضمَّنَ الراهنَ قيمتَه، وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ الثمنَ الذي أعطاه.

وكذلك إذا قُتِلَ العبدُ الرهنُ، وغَرِمَ القاتلُ قيمتَه؛ لأن المالكَ يَستحقُّه من حيثُ الماليةُ وإن كان بدلَ الدم، فأَخَذَ حُكمَ ضمانِ المال في حقِّ المستَحِقِّ، فبقِيَ عقدُ الرهن.

وكذلك لو قتَلَه عبدٌ، فدُفِعَ به؛ لأنه قائمٌ مَقامَ الأولِ لَحْماً ودماً.

قال: (وإن باع العدلُ الرهنَ، فأوفىٰ المرتهنَ الثمنَ، ثم استُحِقَّ الرهنُ، فضَمِنَه العدلُ: كان بالخيار: إن شاء ضمَّنَ الراهنَ قيمتَه، وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ الثمنَ الذي أعطاه)، وليس له أن يُضمِّنَه غيرَه.

وكَشْفُ هذا: أنَّ المرهونَ المبيعَ إذا استُحِقَّ: إما أن يكونَ هالكاً، أو قائماً: ففي الوجه الأول: المستَحِقُّ بالخيار: إن شاء ضمَّنَ الراهنَ قيمتَه؛ لأنه غاصبٌ في حقِّه، وإن شاء ضمَّنَ العدلَ؛ لأنه متعدٍّ في حقِّه بالبيع والتسليم.

فإن ضمَّنَ الراهنَ: نَفَذَ البيعُ، وصحَّ الاقتضاءُ؛ لأنه مَلَكَه بأداء الضمان، فتبيَّن أنه أَمَرَه ببيع ملكِ نفسه.

وإن ضمَّنَ البائعَ: يَنفُذُ البيعُ أيضاً؛ لأنه مَلَكَه بأداء الضمان، فتبيَّن أنه باع ملكَ نفسِه.

وإذا ضمَّنَ العدلَ: فالعدلُ بالخيار: إن شاء رَجَعَ علىٰ الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيلٌ من جهته، عاملٌ له، فيَرجِعُ عليه بما لَحِقَه من العُهدة، ونَفَذَ البيعُ، وصحَّ الاقتضاءُ، فلا يرجعُ المرتهنُ عليه بشيءٍ من دَيْنِه.

. . . .

وإن شاء رَجَعَ علىٰ المرتهن بالثمن؛ لأنه تبيَّنَ أنه أَخَذَ الثمنَ بغير حقٍّ؛ لأنه مَلَكَ العبدَ بأداء الضمان، ونَفَذَ بيعُه عليه، فصار الثمنُ له.

وإنما أداه إليه: علىٰ حُسبان أنه مِلْكُ الراهن، فإذا تبيَّن أنه مِلكُه: لم يكن راضياً به، فله أن يرجعَ به عليه.

وإذا رَجَعَ: بَطَلَ الاقتضاءُ، فيرجعُ المرتهنُ علىٰ الراهن بدَيْنه.

وفي الوجه الثاني، وهو أن يكونَ قائماً في يد المشتري: فللمُسْتَحِقِّ أن يأخذَه من يده؛ لأنه وَجَدَ عينَ مالِه.

ثم للمشتري أن يرجعَ علىٰ العدل بالثمن؛ لأنه هو العاقدُ، فتتعلَّق به حقوقُ العقد، وهذا من حقوقِه، حيث وَجَبَ بالبيع.

وإنما أداه: ليَسْلَمَ له المبيعُ، ولم يسلَمْ.

ثم العدلُ بالخيار: إن شاء رجع علىٰ الراهن بالقيمة؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العُهدة، فيجبُ عليه تخليصُه.

وإذا رجع عليه: صحَّ قَبْضُ المرتهن؛ لأن المقبوضَ سَلِمَ له.

وإن شاء: رجع علىٰ المرتهن؛ لأنه إذا انتقض العقدُ: بطل الثمنُ، وقد قَبَضَه ثمناً، فيجبُ نَقْضُ قَبْضِه ضرورةً.

وإذا رجع عليه، وانتقَضَ قَبْضُه: عاد حَقُّه في الدَّيْن كما كان، فيرجعُ به علىٰ الراهن.

. . . .

ولو أنَّ المشتريَ سَلَّمَ الثمنَ إلىٰ المرتهن: لم يرجعْ علىٰ العدل؛ لأنه في البيعِ عامِلٌ للراهن، وإنما يَرجعُ[1] عليه إذا قَبَضَ، ولم يَقبض، فبقيَ الضمانُ علىٰ الموكِّل.

ولو كان التوكيلُ بعد عقدِ الرهن غيرَ مشروطٍ في العقد: فما لَحِقَ العدلَ من العُهدة: يرجعُ به علىٰ الراهن، قَبَضَ الثمنَ المرتهنُ أم لا؛ لأنه لم يتعلَّقْ بهذا التوكيلِ حقُّ المرتَهِن، فلا رجوعَ، كما في الوكالة المفرَدَةِ عن الرهن، إذا باع الوكيلُ، ودَفَعَ الثمنَ إلىٰ مَن أَمَرَه الموكِّل، ثم لَحِقَتْه[2] عهُدْةٌ: لا يَرجعُ به علىٰ المقتضي[3].

بخلاف الوكالة المشروطةِ في العقد؛ لأنه تعلَّقَ به حقُّ المرتهن، فيكونُ البيعُ لِحَقِّه.

قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ[4] رحمه الله، وهذا يؤيِّدُ قولَ مَن لا يرىٰ[5] جَبْرَ هذا الوكيل علىٰ البيع.

---

(١) أي العدل علىٰ المرتهن.

(٢) أي العدل.

(٣) أي القابض.

(٤) أي في مختصره. البناية ١٥/٢٩٣.

(٥) أي الوكالة بعد عقد الرهن.

وإن ماتَ العبدُ المرهونُ في يدِ المرتهنِ، ثم استحقَّه رجلٌ: فله الخيارُ: إن شاء ضمَّنَ الراهنَ، وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ.

فإن ضمَّنَ الراهنَ: فقد مات بالدَّيْن.

وإن ضمَّنَ المرتهنَ: يرجعُ علىٰ الراهنِ بما ضَمِنَ من القيمةِ وبدَيْنه.

قال: (وإن مات العبدُ المرهونُ في يدِ المرتهنِ، ثم استحقَّه رجلٌ: فله الخيارُ: إن شاء ضمَّنَ الراهنَ، وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما متعدٍّ في حَقِّه بالتسليم، أو بالقبض.

(فإن ضمَّنَ الراهنَ: فقد مات بالدَّيْن)؛ لأنه مَلَكَه بأداء الضمان، فصحَّ الإيفاءُ.

(وإن ضمَّنَ المرتهنَ: يرجعُ علىٰ الراهنِ بما ضَمِنَ من القيمةِ وبدَيْنه).

أما بالقيمة: فلأنه مغرورٌ من جهة الراهن.

وأما بالدَّيْن: فلأنه انتقَضَ اقتضاؤه، فيعودُ حَقُّه كما كان.

فإن قيل: لَمَّا كان قرارُ الضمان علىٰ الراهنِ برجوع المرتهنِ عليه، والمِلْكُ في المضمونِ يثبتُ لمَن كان عليه قرارُ الضمان: فتبيَّن أنه رَهَنَ مِلْكَ نفسِه، فصار كما إذا ضَمَّنَ المستَحِقُّ الراهنَ ابتداءً.

قلنا: هذا طَعْنُ أبي خازمٍ القاضي[1] رحمه الله، والجوابُ عنه:

---

(١) أي طَعْنه علىٰ قول الإمام محمد رحمه الله، وأبو خازمٍ: هو عبد الحميد بن عبد العزيز، أصله من البصرة، وكان ولِيَ القضاءَ بالشام والكوفة، وتوفي سنة ٢٩٢هـ، وكان أَخَذَ العلمَ عن هلال الرأي، وهلالٌ أخذ عن أبي يوسف ومحمد، له أدب القاضي، والمحاضر والسجلات. البناية ١٥/ ٢٩٥، الفوائد البهية ص٨٦.

. . . .

أنه يَرجعُ عليه بسبب الغرور، والغرورُ بالتسليم، كما ذكرناه، أو بالانتقال من المرتهنِ إليه، كأنه وكيلٌ عنه، والملكُ بكلٍّ ذلك متأخِّرٌ عن عقد الرهن.

بخلاف الوجه الأول؛ لأن المستَحِقَّ يُضمِّنُه باعتبار القبضِ السابقِ علىٰ الرهن، فيَستنِدُ الملكُ إليه، فتبيَّن أنه رَهَنَ مِلْكَ نفسِه، وقد طوَّلنا الكلامَ فيه في «كفاية المنتهي»، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
التصرُّف في الرهن، والجناية عليه، وجنايته علىٰ غيرِه

وإذا باع الراهنُ الرهنَ بغير إذنِ المرتهنِ : فالبيعُ موقوفٌ.
فإن أجازه المرتهنُ: جاز، وإن قضاه الراهنُ دينَه : جاز البيعُ أيضاً.
وإذا نَفَذَ البيعُ بإجازة المرتهن : ينتقلُ حَقُّه إلىٰ بدلِه، هو الصحيح.

باب
التصرُّف في الرهن، والجناية عليه، وجنايته علىٰ غيرِه

قال: (وإذا باع الراهنُ الرهنَ بغير إذنِ المرتهنِ: فالبيعُ موقوفٌ)؛ لتعلُّق حقِّ الغير به، وهو المرتهنُ، فيتوقَّفُ علىٰ إجازته وإنْ كان الراهنُ يتصرَّفُ في مِلْكِه، كمَن أوصىٰ بجميع مالِه: تتوقَّفُ علىٰ إجازة الورثةِ فيما زاد علىٰ الثلثِ؛ لتعلُّق حقِّهم به.

(فإن أجازه المرتهنُ: جاز)؛ لأن التوقُّفَ لِحَقِّه، وقد رضيَ بسقوطه.

(وإن قضاه الراهنُ دينَه: جاز البيعُ أيضاً)؛ لأنه زال المانعُ من النفوذِ، والمقتضي موجودٌ، وهو التصرُّفُ الصادرُ من الأهل في المَحِلِّ.

قال: (وإذا نَفَذَ البيعُ بإجازة المرتهن: ينتقلُ حَقُّه إلىٰ بدلِه، هو الصحيح)؛ لأن حَقَّه تعلَّق بالمالية، والبدلُ له حُكمُ المبدَلِ، فصار كالعبد المديونِ المأذونِ إذا بِيْعَ برضا الغرماء: يَنتقلُ حقُّهم إلىٰ البدل؛ لأنهم رَضُوا بالانتقال، دونَ السقوطِ رأساً، فكذا هذا.

وإن لم يُجزِ المرتهنُ البيعَ، وفَسَخَه: انفسخ في روايةٍ، حتىٰ لو افتكَّ الراهنُ الرهنَ: لا سبيلَ للمشتري عليه.

وفي أصحِّ الروايتَيْن: لا ينفسخُ بفَسْخه.

قال: (وإن لم يُجزِ المرتهنُ البيعَ، وفَسَخَه: انفسخ في روايةٍ[١]، حتىٰ لو افتكَّ الراهنُ الرهنَ: لا سبيلَ للمشتري عليه)؛ لأن الحقَّ الثابتَ للمرتهن: بمنزلة الملك، فصار كالمالك: له أن يُجيزَ، وله أن يَفسخ.

(وفي أصحِّ الروايتَيْن[٢]: لا ينفسخُ بفَسْخه)؛ لأنه لو ثَبَتَ حقُّ الفسخ له: إنما يثبتُ ضرورةَ صيانةِ حَقِّه، وحَقُّه في الحبس لا يبطلُ بانعقاد هذا العقد، فبقيَ موقوفاً، فإن شاء المشتري صَبَرَ حتىٰ يفتَكَّ الراهنُ الرهنَ؛ إذِ العجزُ علىٰ شَرَفِ الزوال.

وإن شاء رَفَعَ الأمرَ إلىٰ القاضي، وللقاضي أن يَفسخَ العقدَ؛ لفوات القدرة علىٰ التسليم، وولايةُ الفسخِ إلىٰ القاضي، لا إليه، وصار كما إذا أَبَقَ العبدُ المشترَىٰ قبلَ القبض: فإنه يتخيَّرُ المشتري؛ لِمَا ذَكَرْنا، كذلك هذا[٣].

---

(١) يعني رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وهو القياس. حاشية سعدي علىٰ الهداية نقلاً عن الإتقاني.

(٢) وهو الاستحسان. حاشية سعدي.

(٣) وفي نُسخ: هنا.

ولو باعه الراهنُ من رجلٍ، ثم باعه بيعاً ثانياً من غيرِه قبلَ أن يُجيزَه المرتهنُ: فالثاني موقوفٌ أيضاً علىٰ إجازته.

ولو باع الراهنُ، ثم آجَرَ أو وَهَبَ أو رَهَنَ من غيرِه، وأجاز المرتهنُ هذه العقودَ: جاز البيعُ الأولُ.

ولو أعتق الراهنُ عبدَ الرهن: نَفَذَ عِتْقُه.

قال: (ولو باعه الراهنُ من رجلٍ، ثم باعه بيعاً ثانياً من غيرِه قبلَ أن يُجيزَه المرتهنُ: فالثاني موقوفٌ أيضاً علىٰ إجازته)؛ لأن الأولَ لم يَنفُذْ، والموقوفُ لا يمنعُ توقُّفَ الثاني، فلو أجاز المرتهنُ البيعَ الثاني: جاز الثاني.

قال: (ولو باع الراهنُ، ثم آجَرَ أو وَهَبَ أو رَهَنَ من غيرِه، وأجاز المرتهنُ هذه العقودَ: جاز البيعُ الأولُ).

والفَرْقُ: أنَّ المرتهنَ ذو حظٍّ من البيع الثاني؛ لأنه يتعلَّقُ حَقُّه ببدله، فيصحُّ تعيينُه لتعلُّق فائدتِه به[1].

أمَّا لا حَقَّ له[2] في هذه العقود: لأنه لا بدلَ في الهبة والرهن، والذي في الإجارة: بدلُ المنفعة، لا بدلُ العين، وحَقُّه في مالية العين، لا في المنفعة، فكانت إجازتُه إسقاطاً لِحقِّه، فزال المانعُ، فنَفَذَ البيعُ الأولُ، فوَضَحَ الفرقُ.

قال: (ولو أعتق الراهنُ عبدَ الرهن: نَفَذَ عِتْقُه).

---

(١) أي بالبيع الثاني.

(٢) أي للمرتهن. البناية ١٥/ ٣٠٠.

. . . .

وفي بعضِ أقوال الشافعي[١] رحمه الله: لا يَنفُذَ إذا كان المعتِقُ معسِراً؛ لأن في تنفيذِه إبطالَ حَقِّ المرتهنِ، فأشبه البيعَ.

بخلاف ما إذا كان موسِراً، حيث يَنفُذُ علىٰ بعضِ أقوالِه[٢]؛ لأنه لا يَبطلُ حَقُّه معنىً بالتضمين.

وبخلاف إعتاقِ العبدِ المستأجَرِ؛ لأن الإجارةَ تبقىٰ مدَّتُها؛ إذِ الحرُّ يقبَلُها، أما الحرُّ[٣]: لا يَقبلُ الرهنَ، فلا يبقىٰ.

ولنا: أنه مخاطَبٌ أعتق مِلْكَ نفسِه، فلا يلغو تصَرُّفُه بعدم إذنِ المرتهن، كما إذا أعتق العبدَ المشترَىٰ قبلَ القبض، أو أعتق الآبقَ أو المغصوبَ.

ولا خفاءَ في قيام ملكِ الرقبة؛ لقيام المقتضِي، وعارِضُ الرهنِ: لا يُنبِئُ عن زواله.

ثم إذا زال مِلْكُه في الرقبة بإعتاقه: يزولُ ملكُ المرتهن في اليد، بناءً عليه، كإعتاق العبدِ المشترَكِ، بل أَولىٰ؛ لأن ملكَ الرقبةِ أقوىٰ من ملكِ اليد، فلَمَّا لم يمنعِ الأعلىٰ: لا يَمنعُ الأدنىٰ بالطريق الأَوْلىٰ.

وامتناعُ النَّفَاذِ في البيع والهبة: لانعدام القدرةِ علىٰ التسليم.

---

(١) الحاوي الكبير ١٥/٤٠٤.

(٢) أي أقوال الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) لفظ: الحر: مثبتٌ في نسخة ١٠٨٠هـ، وفي بقية النسخ الخطية: أما لا يقبل، وجاء في طبعات الهداية القديمة: أما ما لا يقبل.

ثم إن كان الراهنُ موسِراً، والدينُ حالاًّ: طُولِبَ بأداء الدين.

وإن كان الدينُ مؤجَّلاً: أُخِذَتْ منه قيمةُ العبدِ، وجُعِلَتْ رهناً مكانَه حتىٰ يَحُلَّ الدينُ.

وإن كان معسِراً: سعىٰ العبدُ في قيمته، وقُضِيَ به الدينُ، إلا إذا كان بخلاف جنسِ حقِّه.

وإعتاقُ الوارثِ العبدَ الموصَىٰ برقبته: لا يلغو، بل يُؤخَّرُ إلىٰ أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا نَفَذَ الإعتاقُ: بطل الرهنُ؛ لفوات مَحَلِّه.

قال: (ثم) بعد ذلك: (إن كان الراهنُ موسِراً، والدينُ حالاًّ: طُولِبَ بأداء الدين)؛ لأنه لو طُولبَ بأداء القيمةِ: تقعُ المقاصَّةُ بقَدْر الدَّيْن، فلا فائدةَ فيه.

قال: (وإن كان الدينُ مؤجَّلاً: أُخِذَتْ منه قيمةُ العبدِ، وجُعِلَتْ رهناً مكانَه حتىٰ يَحُلَّ[1] الدينُ)؛ لأن سببَ الضمانِ متحقِّقٌ، وفي التضمينِ فائدةٌ، فإذا حَلَّ الدينُ: اقتضاه بحقِّه إذا كان من جنس حَقِّه، ورَدَّ الفضلَ.

قال: (وإن كان معسِراً: سعىٰ العبدُ في قيمته، وقُضِيَ[2] به الدينُ، إلا إذا كان بخلاف جنسِ حقِّه)؛ لأنه لَمَّا تعذَّر الوصولُ إلىٰ عين حَقِّه من جهة المعتِقِ: يرجعُ إلىٰ مَن يَنتفعُ بعتقه، وهو العبدُ؛ لأن «الخراجَ بالضمان»[3].

---

(١) بكسر الحاء وضمها جميعاً. البناية ١٥/٣٠٢.

(٢) وضُبطت في نُسخ: وقَضَىٰ به الدينَ.

(٣) تقدم ذكره وتخريجه في اللقيط، وفي الوقف، ولفظ: «الخراج بالضمان»: حديث مرفوع، ولم ينص المؤلف هنا ولا هناك علىٰ أنه حديثٌ نبوي. =

ثم يرجعُ بما سعىٰ علىٰ مَولاه إذا أيسَرَ.

قال رضي الله عنه: وتأويلُه: إذا كانتِ القيمةُ أقلَّ من الدين، أما إذا كان الدينُ أقلَّ: نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ثم يرجعُ بما سعىٰ علىٰ مَولاه إذا أيسَرَ)؛ لأنه قضىٰ[1] دينَه، وهو مضطرٌ فيه بحكم الشرع، فيَرجعُ عليه بما تحمَّل عنه.

بخلاف المُستَسْعَىٰ في الإعتاق؛ لأنه عبدٌ يؤدِّي ضماناً عليه؛ لأنه إنما يسعىٰ لتحصيل العتقِ عنده، وعندهما: لتكميله، وهنا يَسعىٰ في ضمانٍ علىٰ غيرِه بعد تمامِ إعتاقِه، فصار كمُعِيْر الرهن.

ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعايةَ في المُستَسْعَىٰ المشترَكِ في حالتيِ اليسار والإعسار، وفي العبدِ المرهونِ: شَرَطَ الإعسارَ؛ لأن الثابتَ للمرتهن حَقُّ الملك، وأنه أدنىٰ من حقيقتِه الثابتةِ للشريكِ الساكتِ، فوجبتِ السعايةُ ها هنا في حالةٍ واحدةٍ؛ إظهاراً لنقصان رُتْبتِه.

بخلاف المشترَىٰ قبلَ القبض إذا أعتقه المشتري، حيثُ لا يسعىٰ للبائع، إلا روايةً عن أبي يوسف رحمه الله.

وهو في سنن الترمذي (١٢٨٥)، وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود (٣٥٠٨)، سنن النسائي (٤٤٩٠)، وينظر التلخيص الحبير ٣/٢٢.

وينبه هنا إلىٰ أن هذا الحديث قد فات الزيلعيَّ تخريجه في نصب الراية ٣/٤٧٩ في الوقف، وكذلك ابن حجر في الدراية ٢/١٤٦، وكذلك فاتهما هنا في الرهن نصب الراية ٤/٣٢٢، الدراية ٢/٢٥٨.

(١) وفي نُسخ: قبض.

ولو أقرَّ المولىٰ برهنِ عبدِه، بأن قال له: رهنتُك عند فلانٍ، وكذَّبه العبدُ، ثم أعتقه: تجبُ السعايةُ.

ولو دبَّرَه الراهنُ: صحَّ تدبيرُه، بالاتفاق.

ولو كانت أمةً، فاستولَدَها الراهنُ: صحَّ الاستيلادُ، بالاتفاق.

والمرهونُ يسعىٰ؛ لأن حَقَّ البائع في الحبس أضعفُ؛ لأن البائعَ لا يَملِكُه في الآخِرة، ولا يَستوفِي من عينِه.

وكذلك يبطلُ حَقُّه في الحبس بالإعارة من المشتري، والمرتهنُ ينقلبُ حَقُّه ملكاً، ولا يبطلُ حَقُّه بالإعارة من الراهن، حتىٰ يُمكِنُه[1] الاستردادُ، فلو أوجبنا السعايةَ فيهما: لسوَّيْنا بين الحَقَّيْن، وذلك لا يجوز.

قال: (ولو أقرَّ المولىٰ برهنِ عبدِه، بأن قال له: رهنتُك عند فلانٍ، وكذَّبه العبدُ، ثم أعتقه: تجبُ السعايةُ) عندنا، خلافاً لزفرَ رحمه الله.

هو يَعتبرُه بإقراره بعد العتق.

ونحن نقولُ: أقرَّ بتعلُّق الحَقِّ في حالٍ يملكُ التعليقَ فيه؛ لقيامِ ملكِه، فيصحُّ، بخلاف ما بعد العتق؛ لأنه حالُ انقطاعِ الولاية.

قال: (ولو دبَّرَه الراهنُ: صحَّ تدبيرُه، بالاتفاق).

أما عندنا: فظاهرٌ، وكذا عنده[2]؛ لأن التدبيرَ لا يمنعُ البيعَ علىٰ أصله.

قال: (ولو كانت أمةً، فاستولَدَها الراهنُ: صحَّ الاستيلادُ، بالاتفاق)؛

---

(١) وفي نُسخ: يملكُ.

(٢) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

وإذا صَحَّا : خَرَجا من الرهن.

فإن كان الراهنُ موسراً : ضَمِنَ قيمتَهما.

وإن كان معسراً : استسعىٰ المرتهنُ المدبَّرَ وأمَّ الولدِ في جميع الدَّيْن.

لأنه يصحُّ بأدنىٰ الحَقَّيْن، وهو ما للأبِ في جاريةِ الابن[١]، فيصحُّ بالأعلىٰ[٢].

قال: (وإذا صَحَّا[٣]: خَرَجا من الرهن)؛ لبطلان المَحَلِّيَّة؛ إذ لا يصحُّ[٤] استيفاءُ الدينِ منهما.

قال: (فإن كان الراهنُ موسراً: ضَمِنَ قيمتَهما) علىٰ التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق.

قال: (وإن كان معسراً: استسعىٰ المرتهنُ المدبَّرَ وأمَّ الولدِ في جميع الدَّيْن)؛ لأن كَسْبَهما مالُ المولىٰ.

بخلاف المعتَق، حيث يسعىٰ في الأقلِّ من الدَّيْن ومنِ القيمة؛ لأن كَسْبَه حَقُّه[٥]، والمُحتَبَسُ عنده[٦] ليس إلا قَدْرَ القيمة، فلا يُزادُ عليه،

---

(١) وذلك في قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «أنتَ ومالك لأبيك». وتقدم تخريجه.

(٢) أي بالطريق الأَوْلىٰ.

(٣) أي التدبير والاستيلاد.

(٤) وفي نُسخ: لا يصلح.

(٥) أي حق العبد.

(٦) أي عند المعتق. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وضُبط في نُسخ لفظ: والمحتبِس. بكسر الباء.

وكذلك لو استهلكَ الراهنُ الرهنَ.

فإن استهلكه أجنبيٌّ: فالمرتهنُ هو الخصمُ في تضمينِه، فيأخذُ القيمةَ منه، وتكونُ رهناً في يده.

وحَقُّ المرتهنِ بقَدْرِ الدَّيْنِ، فلا تلزمُه الزيادةُ.

ولا يرجعان بما يؤديان علىٰ المولىٰ بعد يساره؛ لأنهما أدَّياه من مال المولىٰ.

والمعتَقُ يَرجعُ؛ لأنه أدَّىٰ ملكَه عنه وهو مضطرٌ، علىٰ ما مَرَّ.

وقيل: الدينُ إذا كان مؤجَّلاً: يسعىٰ المدبَّرُ في قيمتِه قِنّاً؛ لأنه عوضُ الرهنِ، حتىٰ تُحبَسُ مكانَه، فيتقدَّرُ بقَدْر العوض.

بخلاف ما إذا كان حالاًّ؛ لأنه يُقضَىٰ به الدينُ.

ولو أعتق الراهنُ المدبَّرَ وقد قُضِيَ عليه بالسعاية أو لم يُقْضَ: لم يسعَ إلا بقدر القيمة؛ لأنَّ كسبَه بعد العتق مِلْكُه، وما أدَّاه قبلَ العتق: لا يرجعُ به علىٰ مولاه؛ لأنه أدَّاه من مال المولىٰ.

قال: (وكذلك لو استهلكَ الراهنُ الرهنَ)؛ لأنه حَقٌّ مُحترَمٌ مضمونٌ عليه بالإتلاف، والضمانُ رهنٌ في يد المرتهن؛ لقيامه مَقامَ العين.

قال: (فإن استهلكه أجنبيٌّ: فالمرتهنُ هو الخصمُ في تضمينه، فيأخذُ القيمةَ منه، وتكونُ رهناً في يده)؛ لأنه أحقُّ بعين الرهنِ حالَ قيامه، فكذا في استردادِ ما قام مَقامَه، والواجبُ علىٰ هذا المستهلِك قيمتُه يومَ هَلَكَ.

فإن كانت قيمتُه يومَ استهلكه خمسُمائةٍ، ويومَ رُهِنَ ألفاً: غَرِمَ خمسَمائةٍ،

ولو استهلكه المرتهنُ والدينُ مؤجَّلٌ : غَرِمَ القيمةَ.

وكانت رهناً في يده حتىٰ يَحِلَّ الدينُ.

وإذا حَلَّ الدينُ، وهو علىٰ صفة القيمة : استوفىٰ المرتهنُ منها قَدْرَ حَقِّه.

ثم إن كان فيه فَضْلٌ : يَرُدُّه علىٰ الراهن.

وكانت رهناً، وسَقَطَ من الدَّيْنِ خمسُمائةٍ، فصار الحكمُ في الخمسِمائةِ الزيادةِ كأنها هَلَكَتْ بآفةٍ سماويةٍ.

والمعتبرُ في ضمان الرهن: القيمةُ يومَ القبض، لا يومَ الفِكاك[1]؛ لأن القبضَ السابقَ مضمونٌ عليه؛ لأنه قَبْضُ استيفاءٍ، إلا أنه يتقرَّر عند الهلاك.

قال: (ولو استهلكه المرتهنُ والدينُ مؤجَّلٌ: غَرِمَ القيمةَ)؛ لأنه أتلف مِلكَ الغير.

(وكانت رهناً في يده حتىٰ يَحِلَّ الدينُ)؛ لأن الضمانَ بدلُ العينِ، فأَخَذَ حُكمَه.

قال: (وإذا حَلَّ الدينُ، وهو علىٰ صفة القيمة: استوفىٰ المرتهنُ منها قَدْرَ حَقِّه)؛ لأنه جنسُ حَقِّه.

قال: (ثم إن كان فيه فَضْلٌ: يَرُدُّه علىٰ الراهن)؛ لأنه بدلُ مِلْكِه، وقد فَرَغَ عن حَقِّ المرتهن.

---

(١) وفي نُسخ: الهلاك.

وإن نَقَصَتْ عن الدَّيْنِ بتراجع السعر إلىٰ خمسِمائةٍ، وقد كانت قيمتُه يومَ الرهن ألفاً : وَجَبَ بالاستهلاك خمسُمائةٍ، وسَقَطَ من الدين خمسُمائة .

وإذا أعار المرتهنُ الرهنَ للراهن فقَبَضَه : خَرَجَ من ضمان المرتهن .

فإن هلك في يد الراهن : هلك بغير شيءٍ .

وللمرتهن أن يسترجِعَه إلىٰ يده .

قال: (وإن نَقَصَتْ عن الدَّيْنِ بتراجع السعر إلىٰ خمسِمائةٍ، وقد كانت قيمتُه يومَ الرهن ألفاً: وَجَبَ بالاستهلاك خمسُمائةٍ، وسَقَطَ من الدين خمسُمائة)؛ لأن ما انتقَصَ: كالهالك، وسَقَطَ الدينُ بقَدْره.

وتُعتبر قيمتُه يومَ القبض، فهو مضمونٌ بالقبض السابق، لا بتراجع السعر، ووَجَبَ عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمتُه يومَ التلف.

قال: (وإذا أعار المرتهنُ الرهنَ للراهن) ليخدُمَه، أو ليعملَ له عملاً، (فقَبَضَه: خَرَجَ من ضمان المرتهن)؛ لمنافاةٍ بين يدِ العارية ويدِ الرهن.

قال: (فإن هلك في يد الراهن: هلك بغير شيءٍ)؛ لفوات القبضِ المضمون.

(وللمرتهن أن يسترجِعَه إلىٰ يده)؛ لأنَّ عقدَ الرهن باقٍ إلا في حُكم الضمان في الحال، ألا يُرىٰ أنه لو هَلَكَ الراهنُ قبلَ أنْ يَرُدَّه علىٰ المرتهن: كان المرتهنُ أحقَّ به من سائر الغرماء.

وهذا لأنَّ يدَ العاريةِ ليست بلازمةٍ، والضمانُ ليس من لوازم الرهنِ علىٰ كلِّ حالٍ، ألا يُرىٰ أن حكمَ الرهن ثابتٌ في ولدِ الرهنِ وإن لم يكنْ مضموناً بالهلاك.

فإذا أَخَذَه : عاد الضمانُ.

وكذلك لو أعاره أحدُهما أجنبياً بإذن الآخَر : سَقَطَ حكمُ الضمان.

ولكلٍّ واحدٍ منهما أنْ يردَّه رهناً كما كان.

ولو مات الراهنُ قبلَ الردِّ إلىٰ المرتهن : يكونُ المرتهنُ أسوةً للغرماء.

وإذا استعار المرتهنُ الرهنَ من الراهن ليعملَ به، فهَلَكَ قبلَ أن يأخذَ في العمل : هَلَكَ علىٰ ضمانِ الرهن.

وإذا بقيَ عقدُ الرهن: (فإذا أَخَذَه: عاد الضمانُ)؛ لأنه عاد القبضُ في عقد الرهن، فيعودُ بصفته.

قال: (وكذلك لو أعاره أحدُهما أجنبياً بإذن الآخَر: سَقَطَ حكمُ الضمان)؛ لِمَا قلنا.

(ولكلٍّ واحدٍ منهما أنْ يردَّه رهناً كما كان)؛ لأن لكلٍّ واحدٍ منهما حقّاً محترَماً فيه.

وهذا بخلاف الإجارةِ والبيعِ والهبةِ من أجنبيٍّ إذا باشرها أحدُهما بإذن الآخَرِ، حيث يخرجُ عن الرهن، فلا يعودُ إلا بعقدٍ مبتَدَأٍ.

قال: (ولو مات الراهنُ قبلَ الردِّ إلىٰ المرتهن: يكونُ المرتهنُ أسوةً للغرماء)؛ لأنه تعلَّقَ بالرهن حقٌّ لازمٌ بهذه التصرفات، فيبطلُ به حكمُ الرهن، أما بالعارية: لم يتعلَّقْ به حقٌّ لازمٌ، فافترقا.

قال: (وإذا استعار المرتهنُ الرهنَ من الراهن ليعملَ به، فهَلَكَ قبلَ أن يأخذَ في العمل: هَلَكَ علىٰ ضمانِ الرهن)؛ لبقاء يدِ الرهن.

وكذا إذا هَلَكَ بعد الفراغ من العمل.

ولو هَلَكَ في حالة العملِ: هَلَكَ بغير ضمانٍ.

وكذا إذا أَذِنَ الراهنُ للمرتهن بالاستعمال.

ومَن استعار من غيره ثوباً ليرهنَه، فما رَهَنَه به من قليلٍ أو كثيرٍ: فهو جائزٌ.

ولو عيَّنَ قَدْراً: لا يجوزُ للمستعير أن يَرهنَه بأكثر منه، ولا بأقلَّ منه.

(وكذا إذا هَلَكَ بعد الفراغ من العمل)؛ لارتفاع يدِ العارية.

قال: (ولو هَلَكَ في حالة العملِ: هَلَكَ بغير ضمانٍ)؛ لثبوت يدِ العارية بالاستعمال، وهي مخالِفَةٌ ليدِ الراهن، فانتفىٰ الضمانُ.

قال: (وكذا إذا أَذِنَ الراهنُ للمرتهن بالاستعمال)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ومَن استعار من غيره ثوباً ليرهنَه، فما رَهَنَه به من قليلٍ أو كثيرٍ: فهو جائزٌ)؛ لأنه متبرِّعٌ بإثبات ملكِ اليد، فيُعتبرُ بالتبرع بإثبات ملكِ العينِ واليدِ، وهو قضاءُ الدين.

ويجوز أن يَنفصِلَ ملكُ اليدِ عن ملكِ العين ثبوتاً للمرتهن، كما ينفصلُ زوالاً في حقِّ البائع، والإطلاقُ واجبُ الاعتبارِ، خصوصاً في الإعارة؛ لأن الجهالةَ فيها لا تُفضِي إلىٰ المنازعة.

قال: (ولو عيَّنَ قَدْراً: لا يجوزُ للمستعير أن يَرهنَه بأكثر منه، ولا بأقلَّ منه)؛ لأن التقييدَ مفيدٌ، وهو ينفي الزيادةَ؛ لأن غَرَضَه الاحتباسُ بما تيسر أداؤه، وينفي النقصانَ أيضاً؛ لأن غَرَضَه أن يصيرَ مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك؛ ليرجعَ به عليه.

وكذلك التقييدُ بالجنس، وبالمرتهن، وبالبلد.

فإذا خالَفَ: كان ضامناً.

ثم إن شاء المعيرُ ضمَّنَ المستعيرَ، ويَتِمُّ عقدُ الرهنِ فيما بينه وبينَ المرتهنِ.

وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ، ويرجعُ المرتهنُ بما ضَمِنَ وبالدينِ علىٰ الراهنِ.

وإن وافَقَ إن كانت قيمتُه مثلَ الدينِ أو أكثرَ، فهَلَكَ عند المرتهن: يبطلُ المالُ عن الراهن.

قال: (وكذلك التقييدُ بالجنس، وبالمرتهن، وبالبلد)؛ لأنَّ كلَّ ذلك مفيدٌ؛ لتيسُّرِ البعضِ بالإضافة إلىٰ البعض، وتفاوتِ الأشخاصِ في الأمانةِ والحفظ.

قال: (فإذا خالَفَ: كان ضامناً.

ثم إن شاء المعيرُ ضمَّنَ المستعيرَ، ويَتِمُّ عقدُ الرهنِ فيما بينه وبينَ المرتهنِ)؛ لأنه مَلَكَه بأداء الضمان، فتبيَّنَ أنه رَهَنَ ملكَ نفسِه.

(وإن شاء ضمَّنَ المرتهنَ، ويرجعُ المرتهنُ بما ضَمِنَ[1] وبالدينِ علىٰ الراهنِ)، وقد بيَّنَّاه في الاستحقاق[2].

قال: (وإن وافَقَ)، بأن رَهَنَه بمقدار ما أَمَرَه به: (إن كانت قيمتُه مثلَ الدينِ أو أكثرَ، فهَلَكَ عند المرتهن: يبطلُ المالُ عن الراهن)؛ لتمامِ الاستيفاء بالهلاك.

---

(١) وضُبطت في نُسخ: ضُمِّن. بالمبني للمجهول.

(٢) أي قبل هذا الباب في استحقاق الرهن في يد المرتهن. البناية ١٥/ ٣١٤.

ووَجَبَ مثلُه لربِّ الثوبِ علىٰ الراهن.

وإن كانت قيمتُه أقلَّ من الدين : ذَهَبَ بقَدْرِ القيمةِ، وعلىٰ الراهنِ بقيةُ دَيْنِه للمرتهن.

ولو كانت قيمتُه مثلَ الدين، فأراد المُعِيرُ أن يفتكَّه جَبْراً عن الراهن : لم يكنْ للمرتهن إذا قضىٰ دينَه أن يمتنعَ.

بخلاف الأجنبيِّ إذا قضىٰ الدينَ.

(ووَجَبَ مثلُه لربِّ الثوبِ علىٰ الراهن)؛ لأنه صار قاضياً دينَه بمالِه بهذا القَدْرِ، وهو الموجِبُ للرجوع، دونَ القبضِ بذاته؛ لأنه برضاه.

وكذلك إن أصابه عَيْبٌ: ذَهَبَ من الدَّيْن بحسابه، ووَجَبَ مثلُه لربِّ الثوبِ علىٰ الراهن، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (وإن كانت قيمتُه أقلَّ من الدين: ذَهَبَ بقَدْرِ القيمةِ، وعلىٰ الراهنِ بقيةُ دَيْنِه للمرتهن)؛ لأنه لم يقعِ الاستيفاءُ بالزيادة علىٰ قيمتِه، وعلىٰ الراهنِ لصاحب الثوبِ ما صار به مُوْفِياً؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ولو كانت قيمتُه مثلَ الدين، فأراد المُعِيرُ أن يفتكَّه جَبْراً عن الراهن: لم يكنْ للمرتهن إذا قضىٰ دينَه أن يمتنعَ)؛ لأنه غيرُ متبرِّعٍ، حيث يُخَلِّصُ مِلْكَه، ولهذا يرجعُ علىٰ الراهن بما أدَّىٰ المُعِيرُ[1]، فأُجبِرَ المرتهنُ علىٰ الدفع.

(بخلاف الأجنبيِّ إذا قضىٰ الدينَ)؛ لأنه متبرِّعٌ؛ إذ هو لا يَسعىٰ في

---

(١) لفظ: المعير: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ولو هَلَكَ الثوبُ العاريةُ عند الراهن قبلَ أن يَرهنَه، أو بعد ما افتكَّه: فلا ضمانَ عليه.

ولو اختلفا في ذلك: فالقولُ للراهن.

ولو اختلفا في مقدارِ ما أَمَرَه بالرهن به: فالقولُ للمعير.

ولو رَهَنَه المستعيرُ بدينٍ موعودٍ، وهو أنْ يَرهَنَه به؛ ليُقرِضَه كذا، فهَلَكَ في يدِ المرتهن قبلَ الإقراض، والمسمَّىٰ والقيمةُ سواءٌ: يضمنُ قَدْرَ الموعودِ المسمَّىٰ.

تخليصِ ملكِه، ولا في تفريغِ ذمتِه، فكان للطالب أن لا يقبلَه.

قال: (ولو هَلَكَ الثوبُ العاريةُ عند الراهن قبلَ أن يَرهنَه، أو بعد ما افتكَّه: فلا ضمانَ عليه)؛ لأنه لا يصيرُ قاضياً دَيْنَه بهذا، وهو الموجِبُ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (ولو اختلفا في ذلك: فالقولُ للراهن)؛ لأنه يُنكِرُ الإيفاءَ بدعواه الهلاكَ في هاتين الحالتَيْن.

قال: (ولو اختلفا في مقدارِ ما أَمَرَه بالرهن به: فالقولُ للمعير)؛ لأن القولَ قولُه في إنكار أصلِه، فكذا في إنكار وَصْفِه.

قال: (ولو رَهَنَه المستعيرُ بدينٍ موعودٍ، وهو أنْ يَرهَنَه به؛ ليُقرِضَه كذا، فهَلَكَ في يدِ المرتهن قبلَ الإقراض، والمسمَّىٰ والقيمةُ سواءٌ: يضمنُ قَدْرَ الموعودِ المسمَّىٰ)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه كالموجود.

ويرجعُ المعيرُ علىٰ الراهن بمثله؛ لأنَّ سلامةَ ماليةِ الرهنِ باستيفائه من المرتهن: كسلامته ببراءة ذمته عنه.

ولو كانت العاريةُ عبداً، فأعتَقَه المعيرُ: جاز.

ثم المرتهنُ بالخيار: إن شاء رَجَعَ بالدين علىٰ الراهن.

وإن شاء ضمَّنَ المعيرَ قيمتَه.

وتكونُ رهناً عنده إلىٰ أنْ يَقبِضَ دينَه، فيردَّها إلىٰ المعير.

ولو استعار عبداً، أو دابةً ليَرْهنَه، فاستخدم العبدَ، أو رَكِبَ الدابةَ قبلَ أن يَرهنَهما، ثم رَهَنَهما بمالٍ مثلَ قيمتِهما، ثم قضىٰ المالَ، فلم يقبِضْهما حتىٰ هَلَكَا عند المرتهن: فلا ضمانَ علىٰ الراهن.

وكذلك إذا افتَكَّ الرهنَ، ثم رَكِبَ الدابةَ، أو استخدم العبدَ، . . . . .

قال: (ولو كانت العاريةُ عبداً، فأعتَقَه المعيرُ: جاز)؛ لقيام ملكِ الرقبة.

قال: (ثم المرتهنُ بالخيار: إن شاء رَجَعَ بالدين علىٰ الراهن)؛ لأنه لم يستوفِه، (وإن شاء ضمَّنَ المعيرَ قيمتَه)؛ لأن الحَقَّ قد تعلَّق برقبته برضاه، وقد أتلفه بالإعتاق.

(وتكونُ رهناً عنده إلىٰ أنْ يَقبِضَ دينَه، فيردَّها إلىٰ المعير)؛ لأن استردادَ القيمةِ: كاستردادِ العين.

قال: (ولو استعار عبداً، أو دابةً ليَرْهنَه، فاستخدم العبدَ، أو رَكِبَ الدابةَ قبلَ أن يَرهنَهما، ثم رَهَنَهما بمالٍ مثلَ قيمتِهما، ثم قضىٰ المالَ، فلم يقبِضْهما حتىٰ هَلَكَا عند المرتهن: فلا ضمانَ علىٰ الراهن)؛ لأنه قد برئ من الضمانِ حين رَهَنَهما بمالٍ مثلَ قيمتهما، فإنه كان أميناً خالَفَ، ثم عاد إلىٰ الوِفاق.

قال: (وكذلك إذا افتَكَّ الرهنَ، ثم رَكِبَ الدابةَ، أو استخدم العبدَ،

فلم يعطَبْ، ثم عَطِبَ بعد ذلك من غير صُنْعِه : لا يضمنُ.

وجنايةُ الراهنِ علىٰ الرهن : مضمونةٌ.

وجنايةُ المرتهنِ عليه : تُسقِطُ مِن دَيْنِه بقَدْرِها.

فلم يعطَبْ، ثم عَطِبَ بعد ذلك من غير صُنْعِه: لا يضمنُ)؛ لأنه بعد الفَكاك: بمنزلة المودَعِ، لا بمنزلة المستعيرِ؛ لانتهاء حُكم الاستعارة بالفَكاك، وقد عاد إلىٰ الوِفاقِ، فيبرأ عن الضمان.

وهذا بخلاف المستعير؛ لأن يدَه يدُ نفسه، فلا بدَّ من الوصول إلىٰ يدِ المالك، أما المستعيرُ في الرهن، فيُحصِّلُ مقصودَ الآمرِ، وهو الرجوعُ عليه عند الهلاك، وتحقُّقِ الاستيفاء.

قال: (وجنايةُ الراهنِ علىٰ الرهن: مضمونةٌ).

لأنه تفويتُ حَقٍّ لازمٍ محترَمٍ، وتعلُّقُ مثلِه بالمال: يجعلُ المالكَ كالأجنبي في حَقِّ الضمان، كتعلُّقِ حَقِّ الورثة بمال المريضِ مرضَ الموت: يمنعُ نفاذَ تبرُّعِه[1] فيما وراءَ الثلث.

والعبدُ الموصَىٰ بخدمتِه، إذا أتلفه الورثةُ: ضَمِنوا قيمتَه ليُشترَىٰ بها عبدٌ يقومُ مَقامَه.

قال: (وجنايةُ المرتهنِ عليه[2]: تُسقِطُ مِن دَيْنِه بقَدْرِها[3]).

---

(١) وفي نُسخ: تصرفه.

(٢) أي علىٰ الرهن.

(٣) وفي بداية المبتدي ص٦٦٨ هنا زيادة، وهي: ويرجع المرتهن بالفضل.

وجنايةُ الرهنِ علىٰ الراهنِ، والمرتهنِ، وعلىٰ مالِهِما : هَدَرٌ.
وقالا : جنايتُه علىٰ المرتهنِ معتبرَةٌ.

ومعناه: أن يكونَ الضمانُ علىٰ صفة الدَّيْن، وهذا لأن العَيْنَ مِلْكُ المالك، وقد تعدَّىٰ عليه المرتهنُ، فيضمنُه لمالكِه.

قال: (وجنايةُ الرهنِ علىٰ الراهنِ، والمرتهنِ، وعلىٰ مالِهِما: هَدَرٌ)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

(وقالا: جنايتُه علىٰ المرتهنِ معتبرَةٌ).

والمرادُ بالجناية علىٰ النفس: ما يوجِبُ المالَ.

أما الوِفَاقيَّةُ[١]: فلأنها جنايةُ المملوكِ علىٰ المالك.

ألا يُرىٰ أنه لو مات العبدُ[٢]: كان الكفنُ عليه[٣].

بخلاف جنايةِ المغصوب علىٰ المغصوب منه؛ لأن المِلْكَ عندَ أداءِ الضمان يَثبتُ للغاصب مستنِداً[٤]، حتىٰ يكونُ الكفنُ عليه، فكانت جنايتُه علىٰ غير المالك، فاعتُبرت.

ولهما في الخلافية[٥]: أن الجنايةَ حَصَلَتْ علىٰ غيرِ مالكِه، وفي الاعتبار فائدةٌ، وهو دَفْعُ العبدِ إليه بالجناية، فتُعتبرُ.

---

(١) أي المسألة الوفاقية، وهي جناية الرهن علىٰ الراهن. البناية ١٥/ ٣٢٠.

(٢) من وقت الغصب.

(٣) أي علىٰ مولاه.

(٤) أي من زمان الغصب.

(٥) وهي مسألة جناية الرهن علىٰ المرتهن.

....

ثم إن شاء الراهنُ والمرتهنُ أبطلا الرهنَ، ودَفَعَاه بالجناية إلىٰ المرتهن.

وإن قال المرتهنُ: لا أطلبُ الجنايةَ: فهو رهنٌ علىٰ حالِه.

وله[(١)]: أن هذه الجنايةَ لو اعتبرناها للمرتهن: كان عليه التطهيرُ من الجناية؛ لأنها حصلت في ضمانِه، فلا يُفيدُ وجوبُ الضمانِ له، مع وجوب التخليص عليه.

وجنايتُه علىٰ مالِ المرتهن لا تُعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمتُه والدينُ سواءً؛ لأنه لا فائدةَ في اعتبارها[(٢)]؛ لأنه لا يَتملَّكُ العبدَ، وهو الفائدة.

وإن كانتِ القيمةُ أكثرَ من الدين: فعند[(٣)] أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُعتبرُ بقَدْر الأمانة؛ لأن الفضلَ ليس في ضمانِه، فأشبه جنايةَ العبدِ الوديعةَ علىٰ المستودَع.

وعنه[(٤)]: أنها لا تُعتبر؛ لأن حكمَ الرهن، وهو الحبسُ فيه ثابتٌ، فصار كالمضمون.

وهذا بخلاف جنايةِ الرهنِ علىٰ ابنِ الراهن، أو علىٰ ابنِ المرتهن؛ لأن الأملاكَ حقيقةً متباينةٌ، فصار كالجناية علىٰ الأجنبي.

---

(١) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) هكذا: بالتأنيث: باعتبارها: في طبعات الهداية القديمة، أي باعتبار الجناية، وأما النسخ الخطية ففيها: باعتباره.

(٣) هكذا: فعند: في نسخة ٧٣٨هـ، وكتب عليها: أصح، وفي بقية النسخ: فعن.

(٤) أي عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

ومَن رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ، إلىٰ أجلٍ، فنَقَصَ في السعر، فرجعتْ قيمتُه إلىٰ مائةٍ، ثم قَتَلَه رجلٌ خطأً، وغَرِمَ قيمتَه مائةً، ثم حَلَّ الأجلُ: فإن المرتهنَ يَقبِضُ المائةَ قضاءً عن حقِّه، ولا يرجعُ علىٰ الراهن بشيءٍ.

قال: (ومَن رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ، إلىٰ أجلٍ، فنَقَصَ في السعر، فرجعتْ قيمتُه إلىٰ مائةٍ، ثم قَتَلَه رجلٌ خطأً[١]، وغَرِمَ قيمتَه مائةً، ثم حَلَّ الأجلُ: فإن المرتهنَ يَقبِضُ المائةَ قضاءً عن حقِّه، ولا يرجعُ علىٰ الراهن بشيءٍ).

وأصلُه: أن النقصانَ من حيثُ السعرُ لا يوجِبُ سقوطَ الدَّيْنِ عندنا، خلافا لزفر رحمه الله.

هو يقول: إن الماليةَ قد انتَقَصَت، فأشبَهَ انتقاصَ العين.

ولنا: أنَّ نقصانَ السعرِ عبارةٌ عن فُتُورِ رغبات الناسِ، وذلك لا يُعتبرُ كما في[٢] البيع، حتىٰ لا يَثبتُ فيه الخيارُ، ولا في الغصب، حتىٰ لا يجبُ الضمانُ.

بخلاف نقصانِ العين؛ لأنَّ بفوات جزءٍ منه: يتقرَّرُ الاستيفاءُ فيه؛ إذِ اليدُ يدُ الاستيفاء، وإذا لم يسقطْ شيءٌ من الدين بنقصان السعر: بقيَ مرهوناً يتقرر[٣] بكلِّ[٤] الدين.

---

(١) لفظ: خطأً: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٢) وفي نُسخ: لا يعتبر في البيع.

(٣) لفظ: يتقرر: مثبتٌ في نسخة ١٠٤٠هـ.

(٤) وفي نُسخ: بقدر الدين.

وإن كان أَمَرَه الراهنُ أن يبيعَه، فباعه بمائةٍ : قَبَضَ المائةَ قضاءً. . . . .

فإذا قَتَلَه حُرٌّ: غَرِمَ قيمتَه مائةً؛ لأنه تُعتبرُ قيمتُه يومَ الإتلافِ في ضمان الإتلاف؛ لأن الجابرَ بقَدْر الفائت، وأَخَذَه المرتهنُ؛ لأنه بدلُ المالية في حقِّ المُسْتَحِقِّ وإنْ[1] كان مقابَلاً بالدم علىٰ أصلنا، حتىٰ لا يُزادُ علىٰ ديةِ الحرِّ؛ لأن المولىٰ استحقَّه بسبب المالية، وحقُّ المرتهنِ متعلِّقٌ بالمالية، فكذا فيما قام مقامَه.

ثم لا يرجعُ علىٰ الراهنِ بشيءٍ؛ لأنَّ يدَ المرتهنِ يدُ الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرَّرُ، وقيمتُه كانت في الابتداء ألفاً، فيصيرُ مستوفِياً الكلَّ من الابتداء.

أو نقولُ: لا يُمكنُ أن يُجعلَ مستوفياً الألفَ بمائةٍ؛ لأنه يؤدِّي إلىٰ الربا، فيصيرُ مستوفياً المائةَ، وبقيَ تسعُمائةٍ في العين، فإذا هَلَكَ: يصيرُ مستوفياً تسعَمائةٍ بالهلاك.

بخلاف ما إذا مات من غير قتلِ[2] أحدٍ؛ لأنه يصيرُ مستوفياً الكلَّ بالعبد؛ لأنه لا يؤدي إلىٰ الربا.

قال: (وإن كان أَمَرَه الراهنُ أن يبيعَه، فباعه بمائةٍ: قَبَضَ[3] المائةَ قضاءً

---

(١) إن: هنا وصليةٌ. البناية ١٥/٣٢٤.

(٢) وفي نُسخ: فعل.

(٣) وفي نُسخ: وقبض المائة قضاءً من حقه: يرجع بتسعمائة.

من حقِّه، ويرجعُ بتسعِمائةٍ.

وإن قَتَلَه عبدٌ قيمتُه مائةٌ، فدُفِعَ مكانَه : افتكَّه بجميع الدين.

وقال محمدٌ رحمه الله : هو بالخيار : إن شاء افتكَّه بجميع الدين، وإن شاء سلَّمَ العبدَ المدفوعَ إلىٰ المرتهن بماله.

من حقِّه، ويرجعُ بتسعِمائةٍ)؛ لأنه لَمَّا باعه بإذن الراهنِ: صار كأنَّ الراهنَ استردَّه، وباعه بنفسه.

ولو كان كذلك: يَبطلُ الرهنُ، ويبقىٰ الدينُ إلا بقدر ما استوفىٰ، وكذا هذا.

قال: (وإن قَتَلَه عبدٌ قيمتُه مائةٌ، فدُفِعَ مكانَه: افتكَّه بجميع الدين).

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(وقال محمدٌ رحمه الله: هو بالخيار: إن شاء افتكَّه بجميع الدين، وإن شاء سلَّمَ العبدَ المدفوعَ إلىٰ المرتهن بماله).

وقال زفرُ رحمه الله: يصيرُ رهناً بمائةٍ.

له[1]: أن يدَ المرتهنِ يدُ استيفاءٍ، وقد تقرَّرَ بالهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقَدْرِ العُشْرِ، فيَبقىٰ الدينُ بقَدْرِه.

ولأصحابنا علىٰ زفر رحمهم الله: أن العبدَ الثاني قائمٌ مقامَ الأول لحماً ودماً.

---

(١) أي للإمام زفر رحمه الله.

وإذا قَتَلَ العبدُ الرهنُ قتيلاً خطأً: فضمانُ الجنايةِ علىٰ المرتهن، وليس له أن يَدفَعَ.

ولو كان الأولُ قائماً، وانتقص السعرُ: لا يسقطُ شيءٌ من الدين عندنا؛ لِمَا ذكرنا، فكذلك إذا قام المدفوعُ مكانَه.

ولمحمدٍ رحمه الله في الخيار: أن المرهونَ تغيَّر في ضمان المرتهن، فيُخيَّرُ الراهنُ، كالمبيع إذا قُتِلَ قبلَ القبض، والمغصوبِ إذا قُتِلَ في يد الغاصب: يُخيَّرُ المشتري والمغصوبُ منه، كذا هذا.

ولهما: أن التغيُّرَ لم يَظهَرْ في نفسِ العبد؛ لقيام الثاني مقامَ الأول لحماً ودماً، كما ذكرناه مع زفر رحمه الله، وعينُ الرهنِ أمانةٌ عندنا، فلا يجوزُ تمليكُه منه بغير رضاه.

ولأنَّ جَعْلَ الرهنِ بالدَّيْن: حُكمٌ جاهليٌّ[1]، وإنه منسوخٌ، بخلاف البيع؛ لأن الخيارَ فيه: حُكْمُه الفسخُ، وهو مشروعٌ، وبخلاف الغصب؛ لأن تملُّكَه بأداء الضمانِ مشروعٌ.

ولو كان العبدُ تراجَعَ سعرُه، حتىٰ صار يساوي مائةً، ثم قَتَلَه عبدٌ يساوي مائةً، فدُفِعَ به: فهو علىٰ هذا الخلاف.

قال: (وإذا قَتَلَ العبدُ الرهنُ قتيلاً خطأً: فضمانُ الجنايةِ علىٰ المرتهن، وليس له أن يَدفَعَ[2])؛ لأنه لا يَملكُ التمليكَ.

---

(١) ردَّه النبي صلىٰ الله عليه وسلم بقوله: «لا يغلق الرهن». البناية ١٥/٣٢٦.

(٢) أي وليس للمرتهن دَفْعُ العبد؛ لأن المرتهن لا يملك تمليك الرقبة.

ولو فَدَىٰ: طَهُرَ المَحَلُّ، فبقِيَ الدينُ علىٰ حالِه، ولا يرجعُ علىٰ الراهن بشيءٍ من الفداء.

ولو أبىٰ المرتهنُ أنْ يَفدِيَ: قيل للراهن: ادفعِ العبدَ، أو افْدِهِ بالدية.

فإذا امتنع عن الفداءِ: يُطالَبُ الراهنُ بحكم الجناية، ومِن حُكمها: التخييرُ.

فإن اختار الدفعَ: سَقَطَ الدينُ، وكذلك إن فَدَىٰ.

قال: (ولو فَدَىٰ: طَهُرَ المَحَلُّ[1]، فبقِيَ الدينُ علىٰ حالِه، ولا يرجعُ علىٰ الراهن بشيءٍ من الفداء)؛ لأن الجنايةَ حَصَلَتْ في ضمانه، فكان عليه إصلاحُها.

قال: (ولو أبىٰ المرتهنُ أنْ يَفدِيَ: قيل للراهن: ادفعِ العبدَ، أو افْدِهِ بالدية)؛ لأن الملكَ في الرقبةِ قائمٌ له، وإنما صار إلىٰ المرتهن الفداءُ؛ لقيام حقِّه.

قال: (فإذا امتنع عن الفداءِ: يُطالَبُ الراهنُ بحكم الجناية، ومِن حُكمها: التخييرُ) بين الدَّفْع والفداء.

قال: (فإن اختار الدفعَ: سَقَطَ الدينُ)؛ لأنه استُحِقَّ لمعنىً في ضمانِ المرتهن، فصار كالهلاك.

قال: (وكذلك[2] إن فَدَىٰ)؛ لأن العبدَ كالحاصل له بعوضٍ كان علىٰ المرتهن، وهو الفداءُ.

---

(١) أي طهر العبد عن الجناية. البناية ١٥/٣٢٨.

(٢) أي وكذلك يسقط الدين إن فَدَىٰ الراهن.

ولو استهلَكَ العبدُ المرهونُ مالاً يَستغرقُ رقبتَه، فإن أدَّىٰ المرتهنُ الدينَ الذي لَزِمَ العبدَ : فدَيْنُه علىٰ حالِه، كما في الفداء.

وإن أبىٰ : قيل للراهن : بِعْه في الدين، إلا أن يختارَ أن يؤديَ عنه، فإن أدَّىٰ : بطل دينُ المرتهن.

وإن لم يُؤدِّ، وبِيْعَ العبدُ فيه : يأخذُ صاحبُ دينِ العبدِ دينَه.

بخلاف ولدِ الرهن إذا قتَلَ إنساناً، أو استهلك مالاً، حيث يُخاطَبُ الراهنُ بالدفع، أو الفداءِ في الابتداء؛ لأنه غيرُ مضمونٍ علىٰ المرتهن.

فإن دَفَعَ[١]: خَرَجَ من الرهن، ولم يسقطْ شيءٌ من الدين، كما لو هَلَكَ في الابتداء، وإن فَدَىٰ: فهو رهنٌ مع أُمِّه علىٰ حالِهما[٢].

قال: (ولو استهلَكَ العبدُ المرهونُ مالاً يَستغرقُ رقبتَه، فإن أدَّىٰ المرتهنُ الدينَ الذي لَزِمَ العبدَ: فدَيْنُه[٣] علىٰ حالِه، كما في الفداء.

وإن أبىٰ: قيل للراهن: بِعْه في الدَّين، إلا أن يختارَ أن يؤديَ عنه، فإن أدَّىٰ: بطل دَيْنُ المرتهن)، كما ذكرنا في الفداء.

قال: (وإن لم يُؤدِّ، وبِيْعَ العبدُ فيه: يأخذُ صاحبُ دينِ العبدِ دينَه)؛ لأن دينَ العبدِ مقدَّمٌ علىٰ دَيْنِ المرتهنِ وحَقِّ وليِّ الجناية؛ لتقدُّمِه علىٰ حقِّ المولىٰ.

---

(١) أي إن دفع الراهنُ للمرتهن: خرج الولد من الرهن.

(٢) وفي نُسخ: حالها.

(٣) أي دين المرتهن. البناية ٣٢٩/١٥، وفي نُسخ: فدِيَتُه.

فإن فَضَلَ شيءٌ ودينُ غريمِ العبدِ مثلُ دَيْنِ المرتهن أو أكثرُ: فالفضلُ للراهن، وبَطَلَ دينُ المرتهن.

وإن كان دينُ العبدِ أقلَّ: سَقَطَ من دين المرتهن بقَدْرِ دينِ العبد، وما فَضَلَ من دينِ العبدِ يبقىٰ رهناً كما كان.

ثم إن كان دينُ المرتهن قد حَلَّ: أَخَذَه به.

وإن كان لم يَحِلَّ: أمسكه حتىٰ يَحِلَّ.

وإن كان ثمنُ العبدِ لا يَفِي بدين الغريم: أَخَذَ الثمنَ، ولم يرجع بما بقيَ علىٰ أحدٍ حتىٰ يَعتِقَ العبدُ.

قال: (فإن فَضَلَ شيءٌ ودينُ غريمِ العبدِ مثلُ دَيْنِ المرتهن أو أكثرُ: فالفضلُ للراهن، وبَطَلَ دينُ المرتهن)؛ لأن الرقبةَ استُحِقَّت لمعنىً هو في ضمان المرتهن، فأشبه الهلاكَ.

قال: (وإن كان دينُ العبدِ أقلَّ: سَقَطَ من دين المرتهن بقَدْرِ دينِ العبد، وما فَضَلَ من دينِ العبدِ يبقىٰ رهناً كما كان.

ثم إن كان دينُ المرتهن قد حَلَّ: أَخَذَه به)؛ لأنه من جنس حَقِّه.

قال: (وإن كان لم يَحِلَّ: أمسكه حتىٰ يَحِلَّ.

وإن كان ثمنُ العبدِ لا يَفِي بدين الغريم: أَخَذَ الثمنَ، ولم يرجع بما بقيَ علىٰ أحدٍ حتىٰ يَعتِقَ العبدُ)؛ لأن الحَقَّ في دَيْنِ الاستهلاك يتعلَّقُ برقبته، وقد استُوْفِيَتْ، فيتأخَّرُ إلىٰ ما بعد العِتق.

ثم إذا أدىٰ بعدَه: لا يرجعُ علىٰ أحدٍ؛ لأنه وَجَبَ عليه بفعله.

وإن كانت قيمةُ العبدِ ألفَيْن، وهو رَهْنٌ بألفٍ، وقد جنىٰ العبدُ: يُقال لهما: اِفْدِياه.

فإن تشاحَّا: فالقولُ لمَن قال: أنا أَفدي، راهناً كان أو مرتهناً.

قال: (وإن كانت قيمةُ العبدِ[1] ألفَيْن، وهو[2] رَهْنٌ[3] بألفٍ، وقد جنىٰ العبدُ: يُقال لهما: اِفْدِياه)؛ لأن النصفَ منه مضمونٌ، والنصفَ أمانةٌ، والفداءُ في المضمون: علىٰ المرتهن، وفي الأمانة: علىٰ الراهن.

فإن أجمعا علىٰ الدفع: دَفَعَاه، وبَطَلَ دينُ المرتهن، والدفعُ لا يجوز في الحقيقة من المرتهن؛ لِمَا بيَّنَّا، وإنما منه الرضا به.

قال: (فإن تشاحَّا: فالقولُ لمَن قال: أنا أَفدي، راهناً كان أو مرتهناً).

أما المرتهن: فلأنه ليس[4] في الفداء إبطالُ حقِّ الراهن، وفي الدفع الذي يختارُه الراهن: إبطالُ حقِّ المرتهن.

وكذا في جنايةِ ولدِ الرهنِ إذا قال المرتهن: أنا أَفدي: له ذلك وإن[5] كان المالكُ يختارُ الدفعَ؛ لأنه إن لم يكن مضموناً: فهو محبوسٌ بدَيْنه، وله في الفداء غَرَضٌ صحيحٌ، ولا ضررَ علىٰ الراهن، فكان له أن يَفدِي.

---

(١) أي الرهنِ.

(٢) أي العبد.

(٣) وفي نُسخ: وقد رُهِن بألفٍ.

(٤) هكذا: فلأنه ليس في الفداء: في طبعات الهداية القديمة، وأما النسخ الخطية ففيها: فليس في الفداء.

(٥) إن: هنا وصليةٌ.

ويكونُ المرتهنُ في الفداء متطوِّعاً في حِصَّةِ الأمانة، حتىٰ لا يرجعُ علىٰ الراهن.

ولو أبىٰ المرتهنُ أن يفديَ، وفداه الراهنُ: فإنه يُحتَسَبُ علىٰ المرتهنِ نصفُ الفداءِ، وكان من دَيْنه.

وأما الراهن: فلأنه ليس للمرتهن ولايةُ الدفعِ؛ لِمَا بيَّنَّا، فكيف يختاره!

قال: (ويكونُ المرتهنُ في الفداء متطوِّعاً في حِصَّةِ الأمانة، حتىٰ لا يرجعُ علىٰ الراهن)؛ لأنه يُمكِنُه أنْ لا يختارَه، فيُخاطَبُ الراهنُ، فلمَّا التزمه، والحالةُ هذه: كان متبرِّعاً.

وهذا علىٰ ما رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله، أنه لا يرجعُ مع الحضور[1]، وسنُبيِّن القولَيْن إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولو أبىٰ المرتهنُ أن يفديَ، وفداه الراهنُ: فإنه يُحتَسَبُ علىٰ المرتهنِ نصفُ الفداءِ، وكان من دَيْنه)؛ لأن سقوطَ الدين أمرٌ لازمٌ، فَدَىٰ أو دَفَعَ، فلم يُجعَلِ الراهنُ في الفداء متطوِّعاً.

ثم يُنظَرُ: إن كان نصفُ الفداءِ مثلَ الدينِ أو أكثرَ: بطل الدينُ.

وإن كان أقلَّ: سقط من الدين بقَدْر نصفِ الفداء، وكان العبدُ رهناً بما بقيَ؛ لأن الفداءَ في نصفٍ[2] كان عليه، فإذا أدَّاه الراهنُ، وهو ليس بمتطوِّعٍ: كان له الرجوعُ عليه، فيصيرُ قصاصاً بدَيْنِه، كأنه أوفىٰ نصفَه، فيبقىٰ العبدُ رهناً بما بقيَ.

---

(١) أي حضور الراهن.

(٢) وفي نُسخ: النصف.

ولو كان المرتهنُ فَدَىٰ، والراهنُ حاضرٌ: فهو متطوِّعٌ، وإن كان غائباً: لم يكن متطوِّعاً.

وإذا مات الراهنُ: باع وصيُّه الرهنَ، وقضىٰ الدينَ.

وإن لم يكن أوصىٰ بشخصٍ: نَصَبَ القاضي له وصياً، وأَمَرَه ببيعه.

قال: (ولو كان المرتهنُ فَدَىٰ، والراهنُ حاضرٌ: فهو متطوِّعٌ، وإن كان غائباً: لم يكن متطوِّعاً)، وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والحسنُ وزفرُ رحمهم الله: المرتهنُ متطوعٌ في الوجهَيْن؛ لأنه فَدَىٰ ملكَ غيرِه بغير أمرِه، فأشبه الأجنبيَّ.

وله: أنه إذا كان الراهنُ حاضراً: أمكنه مخاطبتُه، فإذا فداه المرتهنُ: فقد تبرَّعَ، كالأجنبي.

فأما إذا كان الراهنُ غائباً: تعذَّرت مخاطبتُه، والمرتهنُ يَحتاجُ إلىٰ إصلاحِ المضمون، ولا يُمكنُه ذلك إلا بإصلاحِ الأمانة: فلا يكون متبرعاً.

قال: (وإذا مات الراهنُ: باع وصيُّه الرهنَ، وقضىٰ الدينَ)؛ لأن الوصيَّ قائمٌ مَقامَه.

ولو تولَّىٰ الموصِي حياً بنفسه: كان له ولايةُ البيعِ بإذن المرتهن، فكذا لوصيِّه.

قال: (وإن لم يكن أوصىٰ بشخصٍ[1]: نَصَبَ القاضي له وصياً، وأَمَرَه ببيعه)؛ لأن القاضيَ نُصِبَ ناظراً لحقوق المسلمين إذا عَجَزوا عن النظر

---

(١) وفي نُسخ: وإن لم يكن له وصيٌّ.

وإن كان علىٰ الميت دينٌ، فرَهَنَ الوصيُّ بعضَ التَّرِكَة عند غريمٍ من غرمائه : لم يَجُزْ، وللآخَرِيْن أنْ يردُّوه.

فإن قضىٰ دينَهم قبلَ أن يَردُّوه : جاز.

ولو لم يكن للميت غريمٌ آخَرُ : جاز الرهنُ، وبِيْعَ في دَيْنِه.

وإذا ارتهن الوصيُّ بدينٍ للميت علىٰ رجلٍ : جاز.

لأنفسهم، والنظرُ في نَصْبِ الوصيِّ: ليؤدِّيَ ما عليه لغيره، ويستوفيَ ما لَه من غيره.

قال: (وإن كان علىٰ الميت دينٌ، فرَهَنَ الوصيُّ بعضَ التَّرِكَة عند غريمٍ من غرمائه: لم يَجُزْ، وللآخَرِيْن أنْ يردُّوه)؛ لأنه آثَرَ بعضَ الغرماء بالإيفاء الحكميِّ، فأشبه الإيثارَ بالإيفاءِ الحقيقي.

قال: (فإن قضىٰ دينَهم قبلَ أن يَردُّوه: جاز)؛ لزوالِ المانعِ بوصول حقِّهم إليهم.

قال: (ولو لم يكن للميت غريمٌ آخَرُ: جاز الرهنُ)؛ اعتباراً بالإيفاء الحقيقي، (وبِيْعَ في دَيْنِه)؛ لأنه يُباعُ فيه قبلَ الرهن، فكذا بعده.

قال: (وإذا ارتهن الوصيُّ بدينٍ للميت علىٰ رجلٍ: جاز)؛ لأنه استيفاءٌ، وهو يَملِكُه.

قال رضي الله عنه: وفي رَهْنِ الوصيِّ تفصيلاتٌ، نذكرُها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالىٰ.

* * * * *

فصلٌ

ومَن رَهَنَ عصيراً بعشرةٍ، قيمتُه عشرةٌ، فتَخمَّر، ثم صار خلاً يساوي عشرةً: فهو رهنٌ بعشرةٍ.

فصلٌ

في مسائلَ متفرِّقةٍ في الرهنِ

قال: (ومَن رَهَنَ عصيراً بعشرةٍ، قيمتُه عشرةٌ، فتَخمَّر[1]، ثم صار خلاً يساوي عشرةً: فهو رهنٌ بعشرةٍ)؛ لأن ما يكون مَحَلاً للبيع: يكون مَحَلاً للرهن، إذِ المَحَلِّيةُ بالمالية فيهما[2]، والخمرُ وإن لم يكن مَحَلاً للبيع ابتداءً[3]: فهو مَحَلٌّ له بقاءً[4].

حتىٰ إنَّ مَن اشترىٰ عصيراً، فتخمَّر قبلَ القبض: يبقىٰ العقدُ، إلا أنه يتخيَّرُ[5] في البيع؛ لتغيُّر وَصْفِ المبيع، بمنزلة ما إذا تَعيَّب.

---

(١) أي بيد المرتهن.

(٢) أي البيع والرهن.

(٣) أي في حالة الخمر.

(٤) أي في حالة الخَلِّ.

(٥) أي المشتري.

ولو رَهَنَ شاةً قيمتُها عشرةٌ بعشرةٍ، فماتت، فدُبِغَ جلدُها، فصار يساوي درهماً: فهو رَهْنٌ بدرهمٍ.

ونماءُ الرهنِ: للراهن، وهو مثلُ الولدِ والثمرِ واللبنِ والصوفِ.

ويكون رهناً مع الأصل.

فإن هَلَكَ: يَهلِكُ بغير شيءٍ.

قال: (ولو رَهَنَ شاةً قيمتُها عشرةٌ بعشرةٍ، فماتت، فدُبِغَ جلدُها، فصار يساوي درهماً: فهو رَهْنٌ بدرهمٍ)؛ لأن الرهنَ يتقرَّرُ بالهلاك، فإذا حَيِيَ بعضُ المَحَلِّ: يعودُ حُكْمُه بقَدْره.

بخلاف ما إذا ماتتِ الشاةُ المَبيعةُ قبلَ القبض، فدُبِغَ جلدُها: حيث لا يعودُ البيعُ؛ لأن البيعَ يَنتقِضُ بالهلاك قبلَ القبض، والمُنتَقِضُ لا يعود، أما الرهنُ فيتقرَّرُ بالهلاك[1]، على ما بيَّنَّاه.

ومِن مشايخِنا رحمهم الله مَن يَمنعُ مسألةَ البيع، ويقولُ: يعودُ البيعُ.

قال: (ونماءُ الرهنِ: للراهن، وهو مثلُ الولدِ والثمرِ واللبنِ والصوفِ)؛ لأنه متولِّدٌ من ملكِه.

(ويكون رهناً مع الأصل)؛ لأنه تَبَعٌ له، والرهنُ حقٌّ لازمٌ، فيَسري إليه.

قال: (فإن هَلَكَ: يَهلِكُ بغير شيءٍ)؛ لأن الأَتْباعَ لا قِسْطَ لها مما يقابَلُ بالأصل؛ لأنها لم تدخلْ تحتَ العقدِ مقصوداً؛ إذِ اللفظُ لا يتناولُها.

---

(١) فيعود الحكم إليه.

وإن هَلَكَ الأصلُ، وبقيَ النَّماءُ: افتكَّه الراهنُ بحصته، ويُقسَمُ الدينُ علىٰ قيمةِ الرهنِ يومَ القبض، وقيمةِ النماءِ يومَ الفِكاك.

فما أصاب الأصلَ: سَقَطَ من الدين.

وما أصاب النماءَ: افتكَّه الراهنُ به.

ولو رَهَنَ شاةً بعشرةٍ، وقيمتُها عشرةٌ، وقال الراهنُ للمرتهن: اُحْلُبِ الشاةَ، فما حَلَبْتَ فهو لكَ حلالٌ، فحَلَبَ وشرب: فلا ضمانَ عليه في شيءٍ من ذلك.

قال: (وإن هَلَكَ الأصلُ، وبقيَ النَّماءُ: افتكَّه الراهنُ بحصته، ويُقسَمُ الدينُ علىٰ قيمةِ الرهنِ يومَ القبض، وقيمةِ النماءِ يومَ الفَكاك)؛ لأن الرهنَ يصيرُ مضموناً بالقبض، والزيادةَ تصيرُ مقصودةً بالفَكاك إذا بقِيَ إلىٰ وقته، والتبعُ يقابِلُه شيءٌ إذا صار مقصوداً، كولد المبيع.

(فما أصاب الأصلَ: سَقَطَ من الدين)؛ لأنه يقابِلُه الأصلُ مقصوداً.

(وما أصاب النماءَ: افتكَّه الراهنُ به)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

وصورُ المسائلِ علىٰ هذا الأصل تُخَرَّجُ، وقد ذكرنا بعضَها في «كفاية المنتهي»، وتمامُه في «الجامع[1]»، و«الزيادات».

قال: (ولو رَهَنَ شاةً بعشرةٍ، وقيمتُها عشرةٌ، وقال الراهنُ للمرتهن: أُحْلُبِ الشاةَ، فما حَلَبْتَ فهو لكَ حلالٌ، فحَلَبَ وشرب: فلا ضمانَ عليه في شيءٍ من ذلك).

---

(١) أي الجامع الكبير ص٢٦٢، كما هو في حاشية نسخة ١٠٣٨هـ.

ولا يسقطُ شيءٌ من الدين.

فإن لم يَفْتَكَّ الشاةَ حتىٰ ماتتْ في يدِ المرتهن: قُسِمَ الدينُ علىٰ قيمةِ اللبنِ الذي شَرِبَ، وعلىٰ قيمةِ الشاة، فما أصاب الشاةَ: سقط، وما أصاب اللبنَ: أَخَذَه المرتهنُ من الراهن.

وتجوزُ الزيادةُ في الرهن، ولا تجوزُ في الدين عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ولا يصيرُ الرهنُ رهناً بها.

أما الإباحةُ فيصحُّ تعليقُها بالشرط والخَطَر؛ لأنها إطلاقٌ، وليس بتمليكٍ، فتصحُّ مع الخطر.

قال: (ولا يسقطُ شيءٌ من الدين)؛ لأنه أتلَفَه بإذن المالك[1].

قال: (فإن لم يَفْتَكَّ الشاةَ حتىٰ ماتتْ في يدِ المرتهن: قُسِمَ الدينُ علىٰ قيمةِ اللبنِ الذي شَرِبَ، وعلىٰ قيمةِ الشاة، فما أصاب الشاةَ: سقط، وما أصاب اللبنَ: أَخَذَه المرتهنُ من الراهن)؛ لأنَّ اللبنَ تَلِفَ علىٰ ملكِ الراهن بفعل المرتهن، والفعلُ حَصَلَ بتسليطٍ من قِبَلِه، فصار كأنَّ الراهنَ أَخَذَه وأتلفه، فكان مضموناً عليه، فتكونُ له حصتُه من الدين، فبقيَ بحصته.

وكذلك ولدُ الشاةِ إذا أَذِنَ له الراهنُ في أَكْلِه.

وكذلك جميعُ النَّماءِ الذي يَحدُثُ: علىٰ هذا القياس.

قال: (وتجوزُ الزيادةُ في الرهن، ولا تجوزُ في الدين عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ولا يصيرُ الرهنُ رهناً بها[2]).

---

(١) وفي نُسخ: الراهن.

(٢) أي الزيادة، وفي نُسخ: بهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله : تجوز الزيادةُ في الدين أيضاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله: تجوز الزيادةُ في الدين أيضاً).

وقال زفرُ والشافعيُّ[1] رحمهما الله: لا تجوزُ فيهما.

والخلافُ معهما في الرهن، والثمنِ، والمُثمَّنِ، والمهرِ، والمنكوحةِ: سواءٌ، وقد ذكرناه في البيوع.

ولأبي يوسف رحمه الله في الخلافية الأخرىٰ[2]: أن الدَّيْنَ في باب الرهن: كالثمن في البيع، والرهنَ: كالمُثمَن، فتجوزُ الزيادةُ فيهما[3]، كما في البيع، والجامعُ بينهما: الالتحاقُ بأصل العقد؛ للحاجة والإمكان.

ولهما، وهو القياسُ: أن الزيادةَ في الدَّيْن: توجِبُ الشيوعَ في الرهن، وهو غيرُ مشروعٍ عندنا، والزيادةَ في الرهن: توجِبُ الشيوعَ في الدين، وهو غيرُ مانعٍ من صحة الرهن.

ألا يُرىٰ أنه لو رَهَنَ عبداً بخمسِمائةٍ من الدَّين: جاز وإن[4] كان الدينُ ألفاً[5]، وهذا شيوعٌ في الدين؛ لأنه غيرُ معيَّن.

---

(١) الأم ٣/١٥٨.

(٢) أي مسألة الزيادة في الدَّين.

(٣) أي الرهن والدين.

(٤) إن: هنا وصليةٌ.

(٥) قوله: وإن كان الدينُ ألفاً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وكذلك في نص الهداية المضمَّن في البناية ١٥/٣٤١.

. . . .

والالتحاقُ[١] بأصل العقدِ غيرُ ممكنٍ في طَرَفِ الدَّين؛ لأنه[٢] غيرُ معقودٍ عليه، ولا معقودٍ به، بل وجوبُه سابقٌ على الرهن.

وكذا يبقىٰ بعد انفساخِه.

والالتحاقُ بأصل العقد في بدلي العقد، بخلاف البيع؛ لأن الثمنَ بدلٌ يجبُ بالعقد.

ثم إذا صحَّتِ الزيادةُ في الرهن، وتُسمىٰ هذه الزيادة: زيادةً قَصْدِيَّةً[٣]: يُقسَمُ الدَّينُ علىٰ قيمةِ الأولِ يومَ القبض، وعلىٰ قيمةِ الزيادةِ يومَ قُبِضت.

حتىٰ لو كانت قيمةُ الزيادةِ يومَ قَبْضِها خمسَمائةٍ، وقيمةُ الأولِ يومَ القبضِ ألفاً، والدَّينُ ألفٌ: يُقسَمُ الدَّينُ أثلاثاً:

في الزيادة: ثُلُثُ الدَّين، وفي الأصل: ثُلُثَا الدَّينِ؛ اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار.

وهذا لأن الضمانَ في كلِّ واحدٍ منهما يثبتُ بالقبض، فتُعتبرُ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما وقتَ القبض.

---

(١) هذا جوابٌ وإفسادٌ للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله. البناية ١٥/٣٤١.

(٢) أي الدين الأول.

(٣) يعني بخلاف نماء الرهن، فإن الزيادة فيه ضمنية. البناية ١٥/٣٤٢.

وإذا وَلَدَتِ المرهونةُ ولداً، ثم إنَّ الراهنَ زاد مع الولدِ عبداً، وقيمةُ كلٍّ واحدٍ منهما ألفٌ: فالعبدُ رَهْنٌ مع الولدِ خاصةً، يُقسَمُ ما في الولدِ عليه وعلىٰ العبدِ الزيادةِ.

ولو كانت الزيادةُ مع الأُمِّ: يُقسَمُ الدَّينُ علىٰ قيمةِ الأمِّ يومَ العقد، وعلىٰ قيمةِ الزيادةِ يومَ القبض، فما أصاب الأمَّ: يُقسَمُ عليها وعلىٰ ولدها.

فإن رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ، ثم أعطاه عبداً آخَرَ قيمتُه ألفٌ رهناً مكانَ الأول: فالأولُ رَهْنٌ حتىٰ يَردَّه إلىٰ الراهن، والمرتهنُ في الآخَرِ أمينٌ حتىٰ يَجعلَه رهناً مكانَ الأول.

قال: (وإذا وَلَدَتِ المرهونةُ ولداً، ثم إنَّ الراهنَ زاد مع الولدِ عبداً، وقيمةُ كلٍّ واحدٍ منهما ألفٌ: فالعبدُ رَهْنٌ مع الولدِ خاصةً، يُقسَمُ ما في الولدِ عليه وعلىٰ العبدِ الزيادةِ)؛ لأنه جعَلَه زيادةً مع الولد، دونَ الأُمِّ.

قال: (ولو كانت الزيادةُ مع الأُمِّ: يُقسَمُ الدَّينُ علىٰ قيمةِ الأمِّ يومَ العقد، وعلىٰ قيمةِ الزيادةِ يومَ القبض، فما أصاب الأمَّ: يُقسَمُ عليها وعلىٰ ولدها)؛ لأن الزيادةَ دَخَلَتْ علىٰ الأُمِّ.

قال: (فإن رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ، ثم أعطاه عبداً آخَرَ قيمتُه ألفٌ رهناً مكانَ الأول: فالأولُ رَهْنٌ حتىٰ يَردَّه إلىٰ الراهن، والمرتهنُ في الآخَرِ أمينٌ حتىٰ يَجعلَه رهناً مكانَ الأول).

لأن الأولَ إنما دخل في ضمانه بالقبض والدَّينِ، وهما باقيان، فلا يَخرجُ عن الضمان إلا بنقض القبضِ ما دام الدَّينُ باقياً، وإذا بقيَ الأولُ في ضمانِه: لا يدخلُ الثاني في ضمانه؛ لأنهما رَضِيا بدخول أحدِهما فيه، لا بدخولهما.

ولو أبرأ المرتهنُ الراهنَ عن الدَّين، أو وَهَبَه منه، ثم هلك الرهنُ في يد المرتهن: يهلِكُ بغير شيءٍ؛ استحساناً.

فإذا رَدَّ الأولَ: دخل الثاني في ضمانه.

ثم قيل: يُشترطُ تجديدُ القبض[1]؛ لأن يدَ المرتهنِ علىٰ الثاني يدُ أمانةٍ، ويدُ الرهنِ يدُ استيفاءٍ وضمانٍ، فلا ينوبُ عنه.

كمَن له علىٰ آخرَ جِيَادٌ، فاستوفىٰ زُيوفاً ظنَّها جِياداً، ثم عَلِمَ بالزِّيافة، وطالَبَه بالجِيَاد، وأَخَذَها: فإن الجِيَادَ أمانةٌ في يده ما لم يَرُدَّ الزيوفَ، ويُجدِّدَ القبضَ.

وقيل: لا يُشترطُ[2]؛ لأن الرهنَ تبرُّعٌ، كالهبة، علىٰ ما بيَّنَّاه من قبل، وقَبْضُ الأمانةِ ينوبُ عن قَبْضِ الهبة.

ولأنَّ الرهنَ عَيْنُه أمانةٌ، والقبضُ يَرِدُ علىٰ العين، فينوبُ قَبْضُ الأمانةِ عن قَبْضِ العين.

قال: (ولو أبرأ المرتهنُ الراهنَ عن الدَّين، أو وَهَبَه منه[3]، ثم هلك الرهنُ في يد المرتهن: يهلِكُ بغير شيءٍ؛ استحساناً).

خلافاً لزفر رحمه الله؛ لأن الرهنَ مضمونٌ بالدَّين، أو بجهته عند

---

(١) أي في العبد الثاني.

(٢) أي تجديد القبض.

(٣) وفي نُسخ: له.

وكذا إذا ارْتَهَنَتِ المرأةُ رهناً بالصَّدَاق، فأبرأتْه، أو وهبَتْه، أو ارتدَّتْ، والعياذُ بالله قبلَ الدخول، أو اختلعتْ منه علىٰ صَدَاقِها، ثم هلك الرهنُ في يدِها: يهلِكُ بغير شيءٍ في هذا كلِّه، ولم تضمَنْ شيئاً.

ولو استوفىٰ المرتهنُ الدَّينَ بإيفاء الراهنِ، أو بإيفاءِ متطوِّعٍ، ثم هلك الرهنُ في يده: يهلِكُ بالدَّين، ويجبُ عليه ردُّ ما استوفىٰ إلىٰ مَن استُوفيَ منه، وهو مَن عليه، أو المتطوِّعُ، بخلاف الإبراء.

توهُّمِ الوجودِ، كما في الدينِ الموعودِ، ولم يبقَ الدَّينُ بالإبراء أو الهبة[1]، ولا جهتُه؛ لسقوطه، إلا إذا أحدث مَنْعاً؛ لأنه يصيرُ به غاصباً إذْ لم تَبْقَ له[2] ولايةُ المنع.

قال: (وكذا إذا ارْتَهَنَتِ المرأةُ رهناً بالصَّدَاق، فأبرأتْه، أو وهبَتْه[3]، أو ارتدَّتْ، والعياذُ بالله قبلَ الدخول، أو اختلعتْ منه علىٰ صَدَاقِها، ثم هلك الرهنُ في يدِها: يهلِكُ بغير شيءٍ في هذا كلِّه، ولم تضمَنْ شيئاً)؛ لسقوط الدَّين، كما في الإبراء.

قال: (ولو استوفىٰ المرتهنُ الدَّينَ بإيفاء الراهنِ، أو بإيفاءِ متطوِّعٍ، ثم هلك الرهنُ في يده: يهلِكُ بالدَّين، ويجبُ عليه ردُّ ما استوفىٰ إلىٰ مَن استُوفيَ منه، وهو مَن عليه، أو المتطوِّعُ، بخلاف الإبراء).

---

(١) وفي نُسخ: والهبة.

(٢) أي للمرتهن.

(٣) أي للزوج.

وكذا إذا اشترىٰ بالدَّيْن عيناً، أو صالح عنه علىٰ عينٍ.

وكذلك إذا أحال الراهنُ المرتهنَ بالدَّين علىٰ غيرِه، ثم هَلَكَ الرهنُ: بطلتِ الحوالةُ، ويهلِكُ بالدَّين.

وكذا لو تصادَقا علىٰ أنْ لا دَيْنَ له، ثم هَلَكَ الرهنُ: يهلِكُ بالدَّين.

ووجهُ الفَرْق: أن بالإبراء: يَسقطُ الدَّينُ أصلاً، كما ذكرنا، وبالاستيفاء: لا يسقطُ؛ لقيام الموجِب، إلا أنه يتعذَّرُ الاستيفاءُ؛ لعدم الفائدة؛ لأنه يُعْقِبُ مطالبةَ مثلِه، فأما هو في نفسِه: فقائمٌ، فإذا هلك: يتقرَّرُ الاستيفاءُ الأولُ، فانتقض الاستيفاءُ الثاني.

قال: (وكذا إذا اشترىٰ بالدَّيْن عيناً، أو صالح عنه علىٰ عينٍ)؛ لأنه استيفاءٌ.

قال: (وكذلك إذا أحال الراهنُ المرتهنَ بالدَّين علىٰ غيرِه، ثم هَلَكَ الرهنُ: بطلتِ الحوالةُ، ويهلِكُ بالدَّين).

لأنه في معنىٰ البراءةِ بطريق الأداء؛ لأنه يزولُ به عن ملكِ المُحيلِ مثلُ ما كان له علىٰ المحتال عليه، أو ما يرجعُ عليه به إن لم يكن للمحيل علىٰ المحتال عليه دَيْنٌ؛ لأنه بمنزلة الوكيل.

قال: (وكذا لو تصادَقا علىٰ أنْ لا دَيْنَ له، ثم هَلَكَ الرهنُ: يهلِكُ بالدَّين)؛ لتوهُّم وجوبِ الدَّينِ بالتصادق علىٰ قيامِه، فتكونُ الجهةُ باقيةً، بخلاف الإبراء، والله سبحانه وتعالىٰ أعلمُ بالصوابِ، وإليه المرجعُ والمآب.

* * * * *

كتاب الجنايات

القتلُ علىٰ خمسةِ أوجهٍ: عمدٌ، وشِبْهُ عمدٍ، وخطأٌ، وما أُجري مُجْرَىٰ الخطأ، والقتلُ بسببٍ.

فالعمدُ: ما تَعَمَّدَ ضَرْبَه بسلاحٍ، أو ما أُجْرِيَ مُجْرَىٰ السلاحِ، كالمُحَدَّدِ من الخشب، ولِيْطةِ القَصَبِ، والمَرْوةِ المُحَدَّدةِ، والنارِ.

ومُوجَبُ ذلك: المأثَمُ.

كتاب الجنايات

قال: (القتلُ علىٰ خمسةِ أوجهٍ: عمدٌ، وشِبْهُ عمدٍ، وخطأٌ، وما أُجري مُجْرَىٰ الخطأ، والقتلُ بسببٍ).

والمرادُ: بيانُ قَتْلٍ تتعلَّقُ به الأحكامُ.

قال: (١ـ فالعمدُ: ما تَعَمَّدَ ضَرْبَه بسلاحٍ، أو ما أُجْرِيَ مُجْرَىٰ السلاحِ، كالمُحَدَّدِ من الخشب، ولِيْطةِ القَصَبِ، والمَرْوةِ المُحَدَّدةِ، والنارِ)؛ لأن العمدَ هو القصدُ، ولا يُوقَفُ عليه إلا بدليله، وهو استعمالُ الآلةِ القاتِلَةِ، فكان متعمِّداً فيه عند ذلك.

قال: (ومُوجَبُ ذلك: المأثَمُ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾. الآية. النساء/٩٣.

وقد نَطَقَ به[١] غيرُ واحدٍ من السُّنَّة.

---

(١) أي بالمأثم، وتنظر طائفةٌ من الأحاديث في ذلك في البناية ١٥/٣٤٩، والدراية ٢/٢٥٩.

والقَوَدُ.

إلا أنْ يَعْفَوَ الأولياءُ، أو يُصالِحوا.

وعليه انعقد إجماعُ الأمة.

(والقَوَدُ[١])؛ لقوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾. البقرة/١٧٨.

إلا أنه تَقيَّدَ بوَصْفِ العَمْديَّة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «العَمْدُ: قَوَدٌ»[٢]، أي موجَبُه.

ولأن الجنايةَ بها[٣] تتكامَلُ، وحِكمةُ الزَّجْرِ عليها تتوفَّر[٤].

والعقوبةُ المتناهيةُ لا شَرْعَ لها دونَ ذلك[٥].

قال: (إلا أنْ يَعْفَوَ الأولياءُ، أو يُصالِحوا)؛ لأن الحَقَّ لهم.

---

(١) أي القصاص.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٧٦٦) سنن الدارقطني (٣١٣٦)، وبلفظ: مَن قتل عمداً فهو قود: في أبي داود (٤٥٩١)، وابن ماجه (٢٦٣٥)، الدراية ٢/٢٦٠، وينظر التعريف والإخبار ٤/٦٣ وفيه بيان قوته بطرقه وشواهده، وقال العيني في البناية ١٥/٣٥٠: والحديث مشهورٌ زِيد به علىٰ الكتاب.

(٣) أي بالعمدية تتكامل، فيجب بها القصاص؛ لأن قتل الخطأ ليس بجناية محضة.

(٤) حكمة الزجر: مبتدأ، عليها: أي علىٰ الجناية، تتوفر: خبر المبتدأ، وحاصل المعنىٰ: أن العمدية تتكامل بها الجناية، وكل ما تتكامل به الجناية: كانت حكمة الزجر عليها أكمل. البناية ١٥/٣٥٠.

(٥) أي دون ذلك التكامل، وهذه حجةٌ أخرىٰ، وتقريرها: أن القود عقوبةٌ متناهيةٌ، والعقوبة المتناهية: لا شرع لها دون قيد العمدية، إذ إزالة الحياة: لا تُشرع بدون تكامل الجناية.

. . . .

ثم هو[١] واجبٌ عَيْناً[٢].

وليس للوليِّ أَخْذُ الديةِ إلا برضا القاتل، وهو أحدُ قولَيِ الشافعي[٣] رحمه الله، إلا أنَّ له حَقَّ العدول إلىٰ المال من غير مَرضاةِ القاتلِ؛ لأنه تعيَّنَ مَدفَعاً للهلاك[٤]، فيجوزُ بدون رضاه[٥].

وفي قولٍ[٦]: الواجبُ أحدُهما[٧]، لا بعَيْنه.

ويتعيَّنُ[٨] باختياره[٩]؛ لأن حقَّ العبدِ شُرِعَ جابراً، وفي كلٍّ واحدٍ[١٠] نَوْعُ جَبْرٍ، فيَتخيَّرُ.

ولنا: ما تَلَوْنا من الكتاب، ورَوَيْنا من السُّنَّة.

ولأن المالَ لا يَصلُحُ موجَباً؛ لعدم المماثلة، والقصاصُ يصلحُ للتماثل.

---

(١) أي القصاص.

(٢) أي من حيث التعيُّن من الشارع.

(٣) كفاية النبيه ١٨/٦٦.

(٤) أي هلاك القاتل.

(٥) أي رضا القاتل.

(٦) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٧) أي إما القصاص، أو أخذ المال.

(٨) أي أحدهما.

(٩) أي باختيار الولي.

(١٠) من القصاص وأَخْذ المال.

ولا كفارةَ فيه.

وفيه مصلحةُ الأحياءِ؛ زَجْراً[١]، وجَبْراً[٢]، فيتعيَّنُ.

وفي الخطأ[٣]: وجوبُ المالِ؛ ضرورةَ صَوْنِ الدمِ عن الإهدار.

ولا يُتيقَّنُ[٤] بعدم قَصْدِ الوليِّ بعد أَخْذِ المال، فلا يتعيَّنُ مَدفَعاً للهلاك.

(ولا كفارةَ فيه[٥]) عندنا.

وعند الشافعي[٦] رحمه الله: تجبُ؛ لأن الحاجةَ إلىٰ التكفير في العمد أَمَسُّ منها إليه في الخطأ، فكان أدعىٰ إلىٰ إيجابها.

ولنا: أنه كبيرةٌ مَحْضةٌ، وفي الكفارة معنىٰ العبادةِ، فلا تُناطُ بمثلها.

---

(١) للغير عن وقوعه فيه.

(٢) أي للورثة، فيتعين القصاص.

(٣) هذا جوابٌ عما يُقال: كيف يصلح المالُ موجَباً في القتل الخطأ، والفائتُ فيه مثل الفائت في العمد؟

(٤) هذا جوابٌ عن قوله: لأنه تعين مَدفعاً للهلاك، وتقريره: أنه لا يُتيقن بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ الدية؛ لأنه يجوز أن يأخذ الدية، ثم تهيِّجُه الضغينة، وتحرِّكه العداوة علىٰ ارتكاب فعله وإن لم يكن له ذلك شرعاً، فإذا كان كذلك: فلا يتعين مدفعاً للهلاك. البناية ١٥/٣٥٣.

(٥) أي في القتل العمد.

(٦) مغني المحتاج ٤/١٠٧.

وشِبْهُ العمدِ عند أبي حنيفة رحمه الله: أن يَتعمَّدَ الضربَ بما ليس بسلاحٍ، ولا ما أُجْرِيَ مُجْرىٰ السلاحِ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله إذا ضَرَبَه بحَجَرٍ عظيمٍ، أو بخَشَبَةٍ عظيمةٍ: فهو عمدٌ.

وشِبْهُ العمد: أن يتعمَّدَ ضَرْبَه بما لا يُقتَلُ به غالباً

ولأن الكفارةَ من المقادير، وتعيُّنُها في الشرع لدفع الأدنىٰ[1]: لا يوجِبُ تُعيُّنَها لدفع الأعلىٰ.

ومن حُكْمِه: حِرمانُ الميراثِ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ميراثَ لقاتِلٍ»[2].

قال: (٢ـ وشِبْهُ العمدِ عند أبي حنيفة رحمه الله: أن يَتعمَّدَ الضربَ بما ليس بسلاحٍ، ولا ما أُجْرِيَ مُجْرىٰ السلاحِ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله)، وهو قولُ الشافعي[3] رحمه الله: (إذا ضَرَبَه بحَجَرٍ عظيمٍ، أو بخَشَبَةٍ عظيمةٍ: فهو عمدٌ.

وشِبْهُ العمد: أن يتعمَّدَ ضَرْبَه بما لا يُقتَلُ به غالباً).

---

(١) أي الخطأ، وفيه الكفارة، والأعلىٰ: هو العمد، وفيه القصاص.

(٢) سنن الترمذي (٢١٠٩)، وقال: لا يصح، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم، سنن ابن ماجه (٢٦٤٦)، قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن. ينظر نصب الراية ٣٢٨/٤، والتلخيص الحبير ٨٤/٣، وينظر ما علَّقه العلامة الشيخ محمد عوامة علىٰ مصنَّف ابن أبي شيبة (٣٢٠٤٤)، فللحديث طرق وروايات وألفاظ متعددة.

(٣) جواهر العقود ٢٠٦/٢.

وموجَبُ ذلك علىٰ القولَيْن : الإثمُ، والكفارةُ.

لأنه يَتقاصَرُ معنىٰ العمديةِ باستعمال آلةٍ صغيرةٍ لا يُقتَلُ بها غالباً؛ لِمَا أنه يُقصَدُ به[١] غيرُه، كالتأديب ونحوه، فكان شبهَ العمد.

ولا يَتقاصَرُ باستعمال آلةٍ لا تُلْبِثُ[٢]؛ لأنه لا يُقصَدُ به إلا القتلُ، كالسيف، فكان عمداً موجِباً للقَوَد.

وله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ألاَ إنَّ قتيلَ خَطأِ العمد: قتيلُ السَّوْطِ والعَصا، وفيه مائةٌ من الإبل»[٣].

ولأنَّ الآلةَ غيرُ موضوعةٍ للقتل، ولا مُستعمَلةٌ فيه؛ إذ لا يُمكنُ استعمالُها علىٰ غِرَّةٍ مِن المقصودِ قَتْلُه، وبه[٤] يحصلُ القتلُ غالباً، فقُصِرَتِ العمديةُ نظراً إلىٰ الآلة، فكان شبهَ العمد، كالقتل بالسَّوْطِ والعصا الصغيرة.

قال: (وموجَبُ ذلك علىٰ القولَيْن: الإثمُ)؛ لأنه قَتْلٌ، وهو قاصِدٌ في الضرب.

(والكفارةُ)؛ لشَبَهِه بالخطأ.

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: بها.

(٢) هكذا ضُبطت في نسخة ٦١٣هـ نسخة سعدي، ونسخة ٧٣٨هـ المتميزة بدقة الضبط، ونسخة ٩٨١هـ، والمعنىٰ: لا تُمهِلُ عن إنفاذ القتل.

(٣) سنن أبي داود (٤٥٨٨)، سنن ابن ماجه (٢٦٢٧)، وصححه ابن حبان (٦٠١١)، الدراية ٢/٢٦١.

(٤) أي وبالاستعمال علىٰ حين غِرَّةٍ أي غفلة.

والديةُ مغلَّظةٌ علىٰ العاقلة.

ويتعلَّقُ به: حِرْمانُ الميراثِ.

والخطأُ علىٰ نوعَيْن: خطأٌ في القَصْد، وهو أنْ يرميَ شخصاً يظنُّه صيداً، فإذا هو آدميٌّ.

(والديةُ مغلَّظةٌ[1] علىٰ العاقلة).

والأصلُ: أنَّ كلَّ ديةٍ وجبت بالقتل ابتداءً، لا بمعنىً يَحدُثُ من بعد: فهي علىٰ العاقلة؛ اعتباراً بالخطأ.

وتجبُ في ثلاثِ سنينَ؛ لقضيَّة[2] عمرَ رضي الله عنه[3].

وتجبُ مغلَّظةً، وسنبيِّنُ صفةَ التغليظ من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ويتعلَّقُ به[4]: حِرْمانُ الميراثِ)؛ لأنه جزاءُ القتل، والشبهةُ تُؤثِّرُ في سقوطِ القصاص، دونَ حِرْمانِ الميراث.

ومالكٌ[5] رحمه الله وإن أنكر معرفةَ شبهِ العمد: فالحجةُ عليه ما أسلفناه.

قال: (٣ـ والخطأُ علىٰ نوعَيْن: خطأٌ في القَصْد، وهو أنْ يرميَ شخصاً يظنُّه صيداً، فإذا هو آدميٌّ)، أو يَظنَّه حربياً، فإذا هو مسلمٌ.

---

(١) وفي نُسخ: والديةُ المغلَّظةُ.

(٢) أي لقضاء.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٤٣٨)، وقال الترمذي (١٣٨٦): أجمع أهل العلم علىٰ ذلك، الدراية ٢/٢٦١.

(٤) أي بالقتل شبه العمد.

(٥) هناك قول عند المالكية بالقول بشبه العمد. التلقين ص١٤١.

وخطأٌ في الفعل، وهو أن يرميَ غَرَضاً، فيصيبَ آدمياً.

وموجَبُ ذلك: الكفارةُ، والديةُ علىٰ العاقلة، ولا إثمَ فيه.

ويُحرَمُ عن الميراث.

(وخطأٌ في الفعل، وهو أن يرميَ غَرَضاً، فيصيبَ آدمياً.

وموجَبُ ذلك: الكفارةُ، والديةُ علىٰ العاقلة)؛ لقوله تعالىٰ فيه: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾. الآية. النساء/٩٢.

وهي علىٰ العاقلة في ثلاثِ سنين؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ولا إثمَ فيه)، يعني في الوجهَيْن[1].

قالوا: المرادُ إثمُ القتلِ[2]، فأما في نفسِه: فلا يَعرَىٰ عن الإثم من حيث تركُ العزيمةِ والمبالغةِ في التثبُّت في حال الرمي[3]، إذْ شَرْعُ الكفارةِ: يُؤْذِنُ باعتبار هذا المعنىٰ.

قال: (ويُحرَمُ عن الميراث)؛ لأن فيه إثماً، وهو تَرْكُ التثبت، وتَرْكُ العزيمة، فيصحُّ تعليقُ الحِرْمانِ به.

بخلاف ما إذا تعمَّد بالضرب موضعاً من جسده، فأخطأ، فأصاب موضعاً آخَرَ، فمات: حيث يجبُ القصاصُ؛ لأن القتلَ قد وُجِدَ بالقصد إلىٰ بعضِ بدنِه، وجميعُ البدن: كالمَحَلِّ الواحد.

---

(١) أي الخطأ في القصد، والخطأ في الفعل.

(٢) أي إثم قَصْد القتل.

(٣) لأنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة، والمباح مقيدٌ بهذا. البناية ١٥/٣٥٩.

وما أُجْرِيَ مُجْرىٰ الخطأ، مثلُ النائمِ ينقلبُ علىٰ رجلٍ، فيقتلُه؛ فحُكْمُه : حكمُ الخطأ.

وأما القتلُ بسببٍ : كحافِرِ البئر، وواضعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلكِه.

وموجَبُه إذا تَلِفَ فيه آدميٌّ : الديةُ علىٰ العاقلة.

ولا كفارةَ فيه، ولا يَتعلَّقُ به حِرمانُ الميراث.

قال: (٤ـ وما أُجْرِيَ مُجْرىٰ الخطأ، مثلُ النائمِ ينقلبُ علىٰ رجلٍ، فيقتلُه؛ فحُكْمُه: حكمُ الخطأ) في الشرع.

(٥ـ وأما القتلُ بسببٍ: كحافِرِ البئر، وواضعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلكِه.

وموجَبُه إذا تَلِفَ فيه[١] آدميٌّ: الديةُ علىٰ العاقلة)؛ لأنه سببُ التلفِ، وهو متعدٍّ فيه، فأُنزِلَ[٢] مُوْقِعاً[٣]، دافعاً[٤]، فوَجَبَتِ الديةُ.

قال: (ولا كفارةَ فيه، ولا يَتعلَّقُ به حِرمانُ الميراث).

وقال الشافعيُّ[٥] رحمه الله: يُلحَقُ بالخطأ في أحكامِه[٦]؛ لأن الشرعَ أنزله قاتلاً[٧].

---

(١) وفي نُسخ: به.

(٢) أي القاتل بسبب.

(٣) فصار كأنه أوقعه في البئر.

(٤) أي دَفَعَه إلىٰ الحَجَر الذي وَضَعَه في غير ملكه.

(٥) نهاية المطلب ٩/ ٢٤.

(٦) أي في أحكام الخطأ، فتجب الكفارة، ويُحرَم عن الميراث.

(٧) يعني في حق الضمان، فكذا في الكفارة والحرمان، فكان كالمباشر،=

وما يكون شِبْهَ عمدٍ في النفسِ : فهو عمدٌ فيما سواها .

ولنا: أن القتلَ معدومٌ منه حقيقةً، فأُلحِقَ به في حَقِّ الضمان، فبقيَ في حَقِّ غيرِه علىٰ الأصل[1]، وهو وإنْ كان يأثمُ بالحفر في غير مِلْكِه: لا يأثمُ بالموت، علىٰ ما قالوا[2]، وهذه كفارةُ ذنبِ القتل.

وكذا[3] الحِرمانُ[4] بسببه[5].

قال: (وما يكون شِبْهَ عمدٍ في النفسِ: فهو عمدٌ فيما سواها).

لأن إتلافَ النفس يختلفُ باختلافِ الآلةِ، وما دونها: لا يَختصُّ إتلافُه بآلةٍ، دون آلة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فعندهم السبب: كالمباشر. البناية ١٥/ ٣٦٠.

(١) وهو عدم القتل.

(٢) أي المشايخ رحمهم الله.

(٣) أي لا يُحرم عن الميراث.

(٤) عن الميراث.

(٥) أي بسبب ذنب القتل، ولا قتلَ هنا، فلا حرمان. البناية ١٥/ ٣٦٠.

باب

ما يوجِبُ القصاصَ، وما لا يوجِبُه

القصاصُ واجبٌ بقَتْلِ كلِّ مَحْقونِ الدمِ علىٰ التأبيد إذا قُتِلَ عمداً.

ويُقتَلُ الحرُّ بالحُرِّ، والحُرُّ بالعبدِ.

باب

ما يوجِبُ القصاصَ، وما لا يوجِبُه

قال: (القصاصُ واجبٌ بقَتْلِ كلِّ مَحْقونِ الدمِ علىٰ التأبيد إذا قُتِلَ عمداً).

أما العَمْديَّةُ: فلِمَا بيَّنّاه.

وأما حَقْنُ الدمِ علىٰ التأبيد: فلتنتفِيَ شُبْهةُ الإباحة، وتتحقَّقَ المساواةُ.

قال: (ويُقتَلُ الحرُّ بالحُرِّ، والحُرُّ بالعبدِ)، للعمومات.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا يُقتَلُ الحرُّ بالعبد؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ ﴾. البقرة/١٧٨، ومِن ضرورة هذه المقابلة: أن لا يُقتَلَ الحُرُّ بالعبد.

ولأن مبنىٰ القصاصِ علىٰ المساواة، وهي مُنتفِيَةٌ بين المالك والمملوك، ولهذا لا يُقطَعُ طَرَفُ الحُرِّ بطَرَفِه.

---

(١) روضة الطالبين ٩/ ١٩٢.

والمسلمُ بالذميِّ.

بخلاف العبد بالعبد[(١)]؛ لأنهما يستويان.

وبخلاف العبد، حيثُ يُقتَلُ بالحُرِّ؛ لأنه تفاوُتٌ إلىٰ نقصانٍ.

ولنا: أن القصاصَ يَعتمدُ المساواةَ في العصمة، وهي بالدِّيْن، أو بالدار، ويستويان فيهما، وجَرَيَانُ القصاص بين العبدَيْن: يُؤْذِنُ بانتفاء شُبْهةِ الإباحة.

والنصُّ[(٢)]: تخصيصٌ بالذِّكْر، فلا ينفي ما عداه.

قال: (والمسلمُ بالذميِّ[(٣)]).

خلافاً للشافعيِّ[(٤)] رحمه الله.

له: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا يُقتَلُ مؤمنٌ بكافرٍ»[(٥)].

ولأنه لا مساواةَ بينهما وقتَ الجناية.

---

(١) أي يُقتل العبد بالعبد.

(٢) أي نص الآية الذي فيه المقابلة: تخصيصٌ بالذكر، وهذا جوابٌ عما استدلَّ به الشافعي رحمه الله من المقابلة في الآية. ينظر البناية ١٥/٣٦٣.

(٣) أي ويُقتل المسلم بالذمي.

(٤) الحاوي الكبير ١٢/١١.

(٥) بلفظ: مسلم بكافر: في صحيح البخاري (١١١)، وبلفظ المؤلف: في سنن أبي داود (٤٥٠٦)، سنن النسائي (٤٧٣٤)، وإسناده صحيح، كما في الدراية ٢/٢٦٢.

ولا يُقتَلُ المسلمُ بالمستأمِن.

ولا يُقتَلُ الذميُّ بالمستأمِن.

وكذا الكفرُ: مبيحٌ، فيُورِثُ الشبهةَ.

ولنا: ما رُوي أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم قَتَلَ مسلماً بذميٍّ[(١)].

ولأن المساواةَ في العصمة ثابتةٌ؛ نظراً إلىٰ التكليف، أو الدارِ، والمبيحُ كُفْرُ المحارب، دونَ المُسالِم، والقتلُ بمثله: يُؤذِنُ بانتفاء الشبهة.

والمرادُ بما روىٰ[(٢)]: الحربيُّ؛ لسياقه: «ولا ذو عَهْدٍ في عَهْدِه»[(٣)]، والعطفُ للمغايرة.

قال: (ولا يُقتَلُ المسلمُ بالمستأمِن)؛ لأنه غيرُ محقونِ الدمِ علىٰ التأبيد.

وكذا كُفْرُه باعثٌ علىٰ الحِرَاب؛ لأنه علىٰ قَصْدِ الرجوع.

قال: (ولا يُقتَلُ الذميُّ بالمستأمِن)؛ لِمَا بيَّنَّا.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٣٥/٤: رُوِيَ مسنداً ومرسلاً، فالمسند أخرجه الدارقطني في السنن (٣٢٥٩)، والبيهقي في السنن (١٥٩١٧)، ثم ذكر الزيلعي مَن رواه مرسلاً، وذكر آثاراً عديدة عن الصحابة رضي الله عنهم في قتل المسلم بالذمي، منهم عمر، وعلي رضي الله عنهما.

(٢) أي في قوله صلىٰ الله عليه وسلم: لا يقتل مؤمنٌ بكافر.

(٣) وهو ما جاء في سياق رواية سنن أبي داود والنسائي وغيرهما، المتقدم تخريجها قبل قليل.

ويُقتَلُ المستأمِنُ بالمستأمِنِ.

ويُقتَلُ الرجلُ بالمرأة، والكبيرُ بالصغير، والصحيحُ بالأعمىٰ، والزَّمِنِ، وبناقصِ الأطراف، وبالمجنون.

ولا يُقتَلُ الرجلُ بابنه.

قال: (ويُقتَلُ المستأمِنُ بالمستأمِنِ)؛ قياساً للمساواة.

ولا يُقتلُ استحساناً[1]؛ لقيام المبيحِ.

قال: (ويُقتَلُ الرجلُ بالمرأة، والكبيرُ بالصغير، والصحيحُ بالأعمىٰ، والزَّمِنِ، وبناقصِ الأطراف، وبالمجنون)؛ للعمومات.

ولأنَّ في اعتبار التفاوتِ فيما وراءَ العصمةِ: امتناعَ القصاص، وظهورَ التقاتلِ والتفاني.

قال: (ولا يُقتَلُ الرجلُ بابنه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يُقادُ الوالدُ بولدِه»[2].

---

(١) وهو ظاهر الرواية. ينظر ابن عابدين ٦/٥٣٤ (ط البابي)، نقلاً عن الفتاوىٰ الهندية ٦/٣ عن المحيط.

(٢) تقدم هذا الحديث في حد القذف، ولم ينصَّ المؤلف هناك علىٰ أن هذا النصَّ هو حديثٌ نبويٌّ، ولذا لم يُخرِّجه صاحب نصب الراية في ذلك الموضع ٣/٣٥٣، وقد ذكره صاحب الهداية هنا علىٰ أنه حديثٌ، ولذا خرَّجه صاحب نصب الراية ٤/٣٣٩ في هذا الموضع، وتابعه علىٰ هذا ابن حجر في الدراية.

والحديث في سنن الترمذي (١٤٠٠)، وقال: هذا حديث فيه اضطراب، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم، أن الأبَ إذا قتَلَ ابنَه: لا يُقتل به، سنن ابن ماجه (٢٦٦١)،=

ولا يُقتَلُ الرجلُ بعبدِه، ولا مُدبَّرِه، ولا مكاتَبِه، ولا بعبدِ ولدِه.

وهو بإطلاقه حُجَّةٌ علىٰ مالك[1] رحمه الله في قوله: يُقادُ إذا ذَبَحَه ذَبْحاً.

ولأنه سببٌ لإحيائه، فمِن المُحَال أنْ يُستَحَقَّ له إفناؤه، ولهذا لا يجوزُ له قَتْلُه وإن وَجَدَه في صَفِّ الأعداء مقاتِلاً، أو زانياً وهو محصَنٌ.

والقصاصُ يستحقُّه المقتولُ، ثم يَخلُفُه وارثُه.

والجَدُّ من قِبَلِ الرجال أو النساء وإن علا في هذا: بمنزلة الأب.

وكذا الوالدةُ والجدةُ من قِبَلِ الأبِ أو الأمِّ، قَرُبَتْ أو بَعُدَت؛ لِمَا بيَّنَّا.

ويُقتَلُ الولدُ بالوالد؛ لعدم المُسْقِط في هذا[2].

قال: (ولا يُقتَلُ الرجلُ بعبدِه، ولا مُدبَّرِه، ولا مكاتَبِه، ولا بعبدِ ولدِه)؛ لأنه لا يستوجبُ لنفسه علىٰ نفسه القصاصَ.

ولا وَلَدُه عليه[3].

سنن البيهقي (١٥٩٦٤)، وقال: إسناده صحيح، وينظر نصب الراية ٣٣٩/٤، وله طرقٌ عديدة فيها كلامٌ طويل، وقد قال في التلخيص الحبير ١٦/٤: صحَّح البيهقي سندَه؛ لأن رواته ثقات. اهـ، وينظر التعريف والإخبار ٦٦/٤.

ونقل سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية أن البزدوي قال: إنه حديثٌ مشهورٌ، تلقته الأمة بالقبول، فيصلح مخصِّصاً أو ناسخاً حكمَ الكتاب. اهـ

(١) ينظر الكافي لابن عبد البر ١٠٩٧/٢.

(٢) قوله: في هذا: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) أي ولا يستوجبُ ولدُه علىٰ أبيه إذا قتل الأبُ عبدَ ولده.

ومَن وَرِثَ قصاصاً علىٰ أبيه : سَقَطَ .

ولا يُستوفَىٰ القصاصُ إلا بالسيف .

وكذا لا يُقتَلُ بعبدٍ مَلَكَ بعضَه؛ لأن القصاصَ لا يتجزَّأ.

قال: (ومَن وَرِثَ قصاصاً علىٰ أبيه: سَقَطَ)؛ لحُرمة الأُبوَّة.

قال: (ولا يُستوفَىٰ القصاصُ إلا بالسيف).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يُفعَلُ به مِثلُ ما فَعَلَ إن كان فعلاً مشروعاً[٢]، فإن مات، وإلا: تُحَزُّ رقبتُه؛ لأنَّ مبنىٰ القصاص علىٰ المساواة.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا قَوَدَ إلا بالسيف»[٣]، والمرادُ به السلاحُ.

ولأنَّ فيما ذَهَبَ إليه استيفاءَ الزيادةِ لو لم يحصلِ المقصودُ بمثل ما فعل، فتُحَزُّ رقبتُه، فيجبُ الحَذَرُ[٤] عنه، كما في كَسْر العَظْم.

---

(١) بحر المذهب ١٢/٩٩.

(٢) مثل أن يقطع يد رجلٍ، فمات منه: فُعِلَ به مثل ذلك، ويُمهل مثل تلك المدة، فإن مات، وإلا: تُحَزُّ رقبته. البناية ١٥/٣٧١.

(٣) سنن ابن ماجه (٢٦٦٨)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٧٢٢)، مسند البزار (٣٦٦٣) سنن الدارقطني (٣١٠٩)، والحديث له طرق عديدة، ووجوه كثيرة، وفيها كلام طويل ومناقشات، وقد ختم الكلام عنه ابن التركماني في الجوهر النقي ٨/٦٣ بقوله: «قد روي هذا الحديث من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعض، فأقل أحواله أن يكون حسناً». اهـ، وينظر نصب الراية ٤/٣٤١، والتلخيص الحبير ٤/١٩.

(٤) وفي نُسخ: التحرُّز.

وإذا قُتِلَ المكاتبُ عمداً، وليس له وارثٌ إلا المولىٰ، وتَرَكَ وفاءً: فله القصاصُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا أرىٰ في هذا قصاصاً.

ولو تَرَكَ وفاءً، وله وارثٌ غيرُ المولىٰ: فلا قصاصَ لهم وإن اجتمعوا مع المولىٰ.

قال: (وإذا قُتِلَ المكاتبُ عمداً، وليس له وارثٌ إلا المولىٰ، وتَرَكَ وفاءً: فله القصاصُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا أرىٰ في هذا قصاصاً)؛ لأنه اشتبه سببُ الاستيفاء، فإنه الولاءُ إن مات حُرًّا، والملكُ إن مات عبداً، وصار كمَن قال لغيره: بِعْتَني هذه الجاريةَ بكذا، وقال المولىٰ: زوَّجتُها منك: لا يَحِلُّ له وطؤها؛ لاختلاف السبب، كذا هذا.

ولهما: أن حقَّ الاستيفاء للمولىٰ بيقينٍ علىٰ التقديرَيْن[١] جميعاً، وهو معلومٌ، والحكمُ متَّحدٌ، واختلافُ السببِ لا يُفضِي إلىٰ المنازعة، ولا إلىٰ اختلاف حُكمٍ، فلا يُبالَىٰ به.

بخلاف تلك المسألة[٢]؛ لأن حُكْمَ ملكِ اليمين يغايرُ حُكْمَ النكاح.

قال: (ولو تَرَكَ وفاءً، وله وارثٌ غيرُ المولىٰ: فلا قصاصَ لهم وإن اجتمعوا مع المولىٰ)؛ لأنه اشتبه مَن له الحقُّ؛ لأنه المولىٰ: إن مات عبداً،

---

(١) أي مات حراً، أو عبداً.

(٢) أي مسألة الجارية.

وإن لم يتركْ وفاءً، وله ورثةٌ أحرارٌ: وجب القصاصُ للمولىٰ، في قولِهم جميعاً.

وإذا قُتِلَ عبدُ الرهنِ: لم يجبِ القصاصُ حتىٰ يجتمعَ الراهنُ والمرتَهِنُ.

والوارثُ: إن مات حرّاً، إذْ ظَهَرَ الاختلافُ بين الصحابةِ رضي الله عنهم في موته علىٰ نَعْتِ الحرية أو الرِّقِ[١].

بخلاف الأُولىٰ[٢]؛ لأن المولىٰ متعيِّنٌ فيها.

قال: (وإن لم يتركْ وفاءً، وله ورثةٌ أحرارٌ: وجب القصاصُ للمولىٰ، في قولِهم جميعاً)؛ لأنه مات عبداً بلا ريبٍ؛ لانفساخ الكتابة.

بخلاف[٣] مُعتَقِ البعضِ إذا مات ولم يتركْ وفاءً؛ لأن العتقَ في البعض لا ينفسخُ بالعجز.

قال: (وإذا قُتِلَ عبدُ الرهنِ) في يد المرتهن: (لم يجبِ القصاصُ حتىٰ يجتمعَ الراهنُ والمرتَهِنُ)؛ لأن المرتَهِنَ لا ملكَ له، فلا يَلِيه، والراهنُ لو

---

(١) أي علىٰ وصف الحرية أو الرق، فإن مات حراً، أو علىٰ وصف الرق، بأن مات عبداً: فعند علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حراً إذا أدِّيت كتابته، فيكون الاستيفاء لورثته، وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه: يموت عبداً، فيكون الاستيفاء للمولىٰ، فلهذا الاختلاف: لا يجب القصاص، وينظر لأقوال الصحابة وتخريجها نصب الراية ٤/١٤٤.

(٢) أي المسألة الأُولىٰ.

(٣) أي لا يجب القصاص للمولىٰ.

وإذا قُتِلَ وليُّ المعتوه وله أبٌ: فلأبيه أن يَقتلَ، وله أن يُصالِحَ.

وليس له أن يعفوَ.

وكذلك إن قُطِعَتْ يدُ المعتوه عمداً.

والوصيُّ: بمنزلة الأبِ في جميع ذلك، إلا أنه لا يَقتُلُ.

تولاَّه لبطل حقُّ المرتهن في الدَّين، فيُشترطُ اجتماعُهما؛ ليسقطَ حَقُّ المرتهن برضاه.

قال: (وإذا قُتِلَ وليُّ المعتوه وله أبٌ: فلأبيه[1] أن يَقتُلَ)؛ لأنه[2] من الولاية علىٰ النفس، شُرِعَ لأمرٍ راجعٍ إليها، وهو تَشَفِّي الصدورِ، فيليه كالإنكاح.

(وله أن يُصالِحَ)؛ لأنه أنظرُ في حَقِّ المعتوه.

(وليس له أن يعفوَ)؛ لأن فيه إبطالَ حقِّه.

قال: (وكذلك إن قُطِعَتْ يدُ المعتوه عمداً)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

قال: (والوصيُّ: بمنزلة الأبِ في جميع ذلك، إلا أنه لا يَقتُلُ)؛ لأنه ليس له ولايةٌ علىٰ نفسِه، وهذا من قَبِيْله[3].

ويَندرجُ تحتَ هذا الإطلاقِ: الصلحُ عن النفس، واستيفاءُ القصاص في الطَّرَف، فإنه لم يُستَثْنَ إلا القتلُ.

---

(١) أي فلأب المعتوه، وهو جَدُّ ولي المعتوه.

(٢) أي استيفاء القصاص.

(٣) أي من قبيل استيفاء القصاص.

. . . .

وفي كتاب الصلح[^١]: إن الوصيَّ لا يَملِكُ الصلحَ؛ لأنه تصرُّفٌ في النفس بالاعتياض عنه، فيُنَزَّلُ منزلةَ الاستيفاء.

ووجهُ المذكورِ ها هنا: أن المقصودَ من الصلح: المالُ، وأنه يجبُ بعقده، كما يجب بعقد الأب، بخلاف القصاص؛ لأن المقصودَ التشفِّي، وهو مُختَصٌّ بالأب، ولا يَملِكُ العفوَ؛ لأن الأبَ لا يملِكُه؛ لِمَا فيه من الإبطال، فهو[^٢] أولىٰ.

قالوا[^٣]: القياسُ ألاَّ يَملِكَ الوصيُّ الاستيفاءَ في الطرف، كما لا يملِكُه في النفس؛ لأن المقصودَ متَّحِدٌ، وهو التشفِّي.

وفي الاستحسان: يَملِكُه؛ لأن الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكَ الأموالِ، فإنها خُلِقَتْ وقايةً للأنفس، كالمال، علىٰ ما عُرِف، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرُّفِ في المال.

والصبيُّ: بمنزلة المعتوه في هذا.

والقاضي: بمنزلة الأب، في الصحيح؛ ألا ترىٰ أنَّ مَن قُتِلَ ولا وليَّ له: يستوفيه السلطانُ، والقاضي بمنزلته فيه.

---

(١) أي من الأصل، للإمام محمد رحمه الله.

(٢) وفي نُسخ: فهذا.

(٣) أي المشايخ رحمهم الله.

ومَن قُتِلَ وله أولياءُ صغارٌ وكبارٌ: فللكبار أن يَقتلوا القاتلَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ليس لهم ذلك حتىٰ يُدرِكَ الصغارُ.

قال: (ومَن قُتِلَ وله أولياءُ صغارٌ وكبارٌ: فللكبار أن يَقتلوا القاتلَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ليس لهم ذلك حتىٰ يُدرِكَ[1] الصغارُ)؛ لأن القصاصَ مشترَكٌ بينهم، ولا يُمكنُ استيفاءُ البعض؛ لعدم التجزُّؤ.

وفي استيفائهم الكلَّ: إبطالُ حَقِّ الصغار، فيُؤخَّرُ إلىٰ إدراكهم، كما إذا كان بين الكبيرَيْن، وأحدُهما غائبٌ، أو كان بين المولَيَيْن[2].

وله: أنه حقٌّ لا يتجزَّأ؛ لثبوته بسببٍ لا يتجزَّأ، وهو القرابة.

واحتمالُ العفوِ من الصغير منقطِعٌ[3]، فيثبتُ لكلٍّ واحدٍ منهم كَمَلاً، كما في ولاية الإنكاح.

بخلاف الكبيرَيْن؛ لأن احتمالَ العفوِ من الغائبِ ثابتٌ.

ومسألةُ المَوْلَيَيْن ممنوعةٌ[4].

---

(١) أي عند بلوغِهم. البناية ١٥/ ٣٨٠.

(٢) صورته: معتَق رجلين، قُتِل، وأَحَدُ موليبه غائبٌ: فليس للحاضر استيفاء القصاص حتىٰ يحضر الغائب. البناية ١٥/ ٣٨٠.

(٣) أي في الحال، والشبهة في المآل لا تعتبر. البناية ١٥/ ٣٨٠.

(٤) هذا جوابٌ عن استدلالهما بأن كان بين موليين، وأن السبب لم يكمل لكلٍّ منهما. ينظر البناية ١٥/ ٣٨١.

ومَن ضَرَبَ رجلاً بمَرٍّ، فقَتَلَه: فإن أصابه بالحديد: قُتِلَ به، وإن أصابه بالعُود: فعليه الديةُ.

قال: (ومَن ضَرَبَ رجلاً بمَرٍّ[١]، فقَتَلَه: فإن أصابه بالحديد: قُتِلَ به، وإن أصابه بالعُود[٢]: فعليه الديةُ).

قال رضي الله عنه: وهذا إذا أصابه بحَدِّ الحديد؛ لوجود الجَرْح، فكَمُلَ السببُ.

وإن أصابه بظَهْر الحديد: فعندهما: يجبُ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة[٣] رحمه الله؛ اعتباراً منه للآلة، وهو الحديد.

وعنه: إنما يجبُ إذا جَرَحَ، وهو الأصحُّ، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

وعلىٰ هذا: الضربُ بسَنْجَات الميزان.

وأما إذا ضَرَبَه بالعُود: فإنما تجبُ الدية؛ لوجود قَتْلِ النفس المعصومةِ، وامتناعِ القصاصِ حتىٰ لا يُهدَرَ الدمُ.

ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة، فيكونُ قَتْلاً بالمُثَقَّل، وفيه خلافُ أبي حنيفة[٤] رحمه الله، علىٰ ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) أي الذي يُعمل به في الطين، وهو المسحاة، ويقال له: المجرفة. ينظر البناية ٣٢٨/١٥، نقلا عن المغرب ٢٦٣/٢.

(٢) هو أحد طرفي المَرِّ، طرف الخشب.

(٣) ونص الكاكي في معراج الدراية (مخطوط) أن هذه الرواية هي الظاهر، وكتب سعدي في حاشيته علىٰ الهداية: ظاهرة. كاكي. قاضي خان. اهـ

(٤) أي لا يجب عنده فيه القصاص.

ومن غرَّقَ صبيًّا أو بالغاً في البحر: فلا قصاصَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يُقتَصُّ منه.

وقيل: هو بمنزلة السَّوْط، وفيه خلافُ الشافعي[١] رحمه الله، وهي مسألةُ الموالاة.

له: أن الموالاةَ في الضَّرَبات إلىٰ أن مات: دليلُ العمدية، فيتحقَّقُ الموجِب.

ولنا: ما روينا: «أَلاَ إنَّ قتيلَ خطأِ العمد»[٢]، ويُروىٰ: «شبهِ العمد»[٣]. الحديث.

ولأنَّ فيه شبهةَ عدمِ العمدية؛ لأن الموالاةَ قد تُستعملُ للتأديب، أو لعلَّه اعتراه القصدُ[٤] في خلال الضَّرَبَات، فيَعرَىٰ أولُ الفعل عنه، وعساه أصابَ المَقتَلَ، والشبهةُ دارئةٌ للقَوَدِ، فوَجَبَتِ الديةُ.

قال: (ومن غرَّقَ صبيًّا أو بالغاً في البحر: فلا قصاصَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُقتَصُّ منه)، وهو قولُ الشافعي[٥] رحمه الله.

---

(١) أي يجب فيه القود. الحاوي الكبير ١٢/٣٥.

(٢) سنن أبي داود (٤٥٨٨)، سنن ابن ماجه (٢٦٢٧)، وصححه ابن حبان (٦٠١١)، الدراية ٢/٢٦١، نصب الراية ٤/٣٣١.

(٣) سنن النسائي (٤٧٩٦).

(٤) أي قَصْد القتل.

(٥) النجم الوهاج ٨/٤٣٢.

. . . .

غيرَ أن عندهما يُستوفَىٰ حَزّاً[١].

وعنده: يُغرَّقُ، كما بيَّنّاه من قبل.

لهم[٢]: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن غَرَّقَ: غَرَّقْناه»[٣].

ولأن الآلةَ قاتلةٌ، فاستعمالُها أمارةُ العمدية، ولا مِراءَ في العصمة[٤].

وله[٥]: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ألا إنَّ قتيلَ خطأِ العمد: قتيلُ السوطِ، والعصا»[٦]، وفيه: «وفي كلِّ خطأٍ: أرشٌ».

ولأن الآلةَ غيرُ معدَّةٍ للقتل، ولا مستعمَلَةٍ فيه؛ لتعذُّرِ استعمالِه، فتمكَّنتْ شبهةُ عدمِ العمدية.

ولأنَّ القصاصَ يُنبِئُ عن المماثلة.

ومنه يُقال: اقْتَصَّ أثرَه[٧].

---

(١) أي يُستوفَىٰ القصاص بحَزِّ الرقبة بالسيف.

(٢) للصاحبين والشافعي رحمهم الله.

(٣) سنن البيهقي (١٥٩٩٣)، وفي سنده مِن لا يُعرف، كما في الدراية ٢/٢٦٦، وقال العيني في البناية ١٥/٣٨٤: الحديث مرفوعٌ، ولكنه ضعيفٌ.

(٤) أي في عصمة المقتول، وحَقْن دمه.

(٥) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٦) تقدم قبل قليل.

(٧) أي تَبِعَه.

. . . .

ومنه: المِقَصَّة: للجَلَمَيْن[١].

ولا تماثلَ بين الجَرحِ والدَّقِّ؛ لقُصورِ الثاني عن تخريب الظاهر.

وكذا لا يتماثلان في حِكمةِ الزَّجْر؛ لأن القتلَ بالسلاح غالبٌ، وبالمثقَّلِ نادرٌ.

وما رواه[٢]: غيرُ مرفوعٍ[٣].

أو هو محمولٌ علىٰ السياسة، وقد أَوْمَأَتْ إليه إضافتُه إلىٰ نفسِه فيه[٤].

وإذا امتنع القصاصُ: وجبتِ الديةُ، وهي علىٰ العاقلة، وقد ذكرناه.

واختلافُ الروايتين في الكفارة[٥].

---

(١) المِقَصَّة: هو المِقْراض، والجَلَمَيْن: من: الجَلَم: الذي يُجزُّ به، وهما: جَلَمان، يعني سُمِّيت المِقَصَّة: جَلَمَان: لأن كلَّ واحدٍ من الجَلَمَيْن يماثلُ الآخرَ. البناية ١٥/٣٨٤.

(٢) أي الإمام الشافعي رحمه الله من حديث: «من غرَّق غرَّقناه».

(٣) هذا قولٌ، وبيَّن العيني كما تقدم عنه أنه مرفوعٌ، ولكنه ضعيف.

(٤) يعني إضافة النبي عليه الصلاة والسلام إلىٰ نفسه في التغريق، بقوله: غرَّقناه: إشارةٌ إلىٰ هذا المعنىٰ، وهو معنىٰ السياسة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، أي ليس حكماً، بل هو من باب السياسة الشرعية.

(٥) أي كفارة شبه العمد، وفيها روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله، وجوبُها، وعدم الوجوب.

ومَن جَرَحَ رجلاً عمداً، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات: فعليه القصاصُ.

وإذا التقىٰ الصفَّانِ من المسلمين والمشركين، فقَتَلَ مسلمٌ مسلماً ظنَّ أنه مشركٌ: فلا قَوَدَ عليه، وعليه الكفارةُ، والديةُ.

قال: (ومَن جَرَحَ رجلاً عمداً، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات: فعليه القصاصُ).

لوجود السببِ، وعدمِ ما يُبطِلُ حُكْمَه في الظاهر، فأُضيف إليه.

قال: (وإذا التقىٰ الصفَّانِ من المسلمين والمشركين، فقَتَلَ مسلمٌ مسلماً ظنَّ أنه مشركٌ: فلا قَوَدَ عليه، وعليه الكفارةُ)؛ لأن هذا أحدُ نوعي الخطأِ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

والخطأُ بنوعَيْه لا يوجِبُ القَوَدَ، ويوجِبُ الكفارةَ.

(و) كذا (الديةُ)، علىٰ ما نَطَقَ به نصُّ الكتاب[1].

ولَمَّا اختلفتْ سيوفُ المسلمين علىٰ اليَمَانِ[2] أبي حُذَيْفة رضي الله عنه: قضىٰ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام بالدية[3].

---

(١) وهو قولُه تعالىٰ: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ...﴾. النساء/٩٢.

(٢) أي والد الصحابي حذيفة بن اليمان، وقد قَتَلَه المسلمون في غزوة أحد وهم يظنون أنه مشرك، وأنبه إلىٰ أنه جاء في البناية ١٥/ ٣٨٧ أنه في غزوة الخندق.

(٣) المستدرك للحاكم (٤٩٠٩)، مسند أحمد (٢٣٦٣٩)، وإسناده حسن، كما في الدراية ٢/ ٢٦٦.

ومَن شَجَّ نفسَه، وشَجَّه رجلٌ، وعَقَرَه أسدٌ، وأصابَتْه حيَّةٌ، فمات من ذلك كلِّه: فعلىٰ الأجنبيِّ ثُلُثُ الدية.

قالوا: إنما تجبُ الديةُ إذا كانوا مختلِطِيْنَ.

فإن كان في صَفِّ المشركين: لا تجبُ؛ لسقوط عِصمتِه بتكثير سوادِهم، قال عليه الصلاة والسلام: «مَن كثَّرَ سوادَ قومٍ: فهو منهم»[١].

قال: (ومَن شَجَّ نفسَه، وشَجَّه رجلٌ، وعَقَرَه أسدٌ، وأصابَتْه حيَّةٌ، فمات من ذلك كلِّه: فعلىٰ الأجنبيِّ ثُلُثُ الدية)؛ لأن فِعْلَ الأسدِ والحيَّةِ جنسٌ واحدٌ؛ لكونه هَدَراً في الدنيا والآخرة.

وفِعْلُه بنفسه: هَدَرٌ في الدنيا، مُعتَبرٌ في الآخِرة، حتىٰ يُؤثَمُ عليه.

وفي «النوادر»: أنَّ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله: يُغسَلُ، ويُصلَّىٰ عليه.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يُغسَلُ، ولا يُصلَّىٰ عليه.

وفي «شرح السِّيَر الكبير»[٢] ذَكَرَ في الصلاة عليه اختلافَ المشايخِ، علىٰ ما كتبناه[٣] في كتاب: «التجنيسُ والمَزيد»[٤]، فلم يكن هَدَراً مطلقاً،

---

(١) عزاه في نصب الراية ٣٤٦/٤، والعلامة قاسم في التعريف والإخبار ٩١/٤ لمسند أبي يعلىٰ. ينظر إتحاف الخيرة ٣٢٩٧/١).

(٢) لم يعين المصنف شارحه، وقد بحثت في شرح السرخسي علىٰ السير الكبير فلم أجد هذا النص.

(٣) وفي نُسخ: ما ذكرناه.

(٤) للمؤلف الإمام المرغيناني رحمه الله، واسمه مركبٌ، وأنبه إلىٰ أن العيني=

. . . .

فكان جنساً آخرَ.

وفِعْلُ الأجنبيِّ معتبرٌ في الدنيا والآخرة، فصارت ثلاثةَ أجناسٍ، فكأنَّ النفسَ تَلِفَتْ بثلاثة أفعالٍ، فيكون التالفُ بفعل كلٍّ واحدٍ ثُلُثَه، فيجبُ عليه ثلثُ الدية، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

في البناية ١٥/٣٨٨ قال: وهما كتابان من جملة مصنفات المصنف؟!.

فصلٌ

ومَن شَهَرَ علىٰ المسلمين سيفاً: فعليهم أن يَقتلوه، ولا شيء عليهم.

فصلٌ

في بيان ما هو بمنزلة التَّبَع للقصاص

قال: (ومَن شَهَرَ علىٰ المسلمين سيفاً: فعليهم أن يَقتلوه، ولا شيء عليهم)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن شَهَرَ علىٰ المسلمين سيفاً: فقد أَطَلَّ[١] دمَه»[٢].

ولأنه باغٍ، فتسقطُ عِصمتُه ببَغْيِهِ.

ولأنه تعيَّن طريقاً لدفع القتلِ عن نفسه، فله قَتْلُه.

وقوله[٣]: فعليهم أن يقتلوه: وقولُ محمدٍ رحمه الله في «الجامع الصغير[٤]»: فحَقٌّ علىٰ المسلمين أن يقتلوه: إشارةٌ إلىٰ الوجوب، والمعنىٰ: وجوبُ دَفْعِ الضرر.

---

(١) أي أهدَرَ دمَه، وصار مباحَ الدم.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٦٧: لم أجده بهذا اللفظ، وفي النسائي (٤٠٩٧): من شهر سيفه، ثم وَضَعَه: فدمه هدرٌ، والمعجم الأوسط (٨٠١٣)، وصححه الحاكم في المستدرك (٢٦٧٠).

(٣) أي القدوري رحمه الله.

(٤) ص٢٥١.

وفي سرقة «الجامع الصغير» : ومَن شَهَرَ علىٰ رجلٍ سلاحاً، ليلاً أو نهاراً، أو شَهَرَ عليه عصاً ليلاً في مصرٍ، أو نهاراً في طريقٍ في غيرِ مصرٍ، فقَتَلَه المشهورُ عليه عمداً : فلا شيءَ عليه.

وإن شَهَرَ المجنونُ علىٰ غيرِه سلاحاً، فقتَلَه المشهورُ عليه عمداً : فعليه الديةُ في ماله.

(وفي سرقة «الجامع الصغير[1]»: ومَن شَهَرَ علىٰ رجلٍ سلاحاً، ليلاً أو نهاراً، أو شَهَرَ عليه عصاً ليلاً في مصرٍ، أو نهاراً في طريقٍ في غيرِ مصرٍ، فقَتَلَه المشهورُ عليه عمداً: فلا شيءَ عليه)؛ لِمَا بيَّنَّا.

وهذا لأن السلاحَ لا يُلبِثُ[2] عادةً، فيُحتاجُ إلىٰ دَفْعِه بالقتل.

والعصا الصغيرةُ وإن كانت تُلْبِثُ، ولكن في الليلِ لا يَلْحَقُه الغَوْثُ، فيَضطرُّ إلىٰ دَفْعِه بالقتل.

وكذا في النهارِ في غيرِ المصرِ في الطريقِ: لا يَلْحَقُه الغَوْثُ، فإذا قَتَلَه: كان دمُه هَدَراً.

قالوا[3]: فإن كان عصاً لا تُلْبِثُ: يَحتملُ أن تكونَ مثلَ السلاحِ عندهما.

قال: (وإن شَهَرَ المجنونُ علىٰ غيرِه سلاحاً، فقتَلَه المشهورُ عليه عمداً: فعليه الديةُ في ماله).

---

(١) ص١٥٦.

(٢) أي ليس فيه مُهلة للدفع بغير قتل. البناية ١٥/٣٩٠.

(٣) أي المشايخ رحمهم الله.

. . . .

وقال الشافعي[١] رحمه الله: لا شيءَ عليه.

وعلىٰ هذا الخلافِ[٢]: الصبيُّ، والدابةُ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجبُ الضمانُ في الدابة، ولا يجبُ في الصبيِّ والمجنونِ.

للشافعي رحمه الله: أنه قَتَلَه دافِعاً عن نفسِه، فيُعتبرُ بالبالِغِ الشاهِر.

ولأنه يصيرُ محمولاً علىٰ قَتْلِه بفعله، فأشبه المُكرَهَ.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنَّ فِعْلَ الدابة غيرُ مُعتَبَرٍ أصلاً، حتىٰ لو تحقَّقَ[٣]: لا يوجِبُ الضمانَ.

أما فِعلُهما[٤]: فمعتبرٌ في الجملة، حتىٰ لو حقَّقَاه: يجبُ عليهما الضمان.

وكذا عصمتُهما[٥]: لِحَقِّهما، وعصمةُ الدابةِ: لِحَقِّ مالكِها، فكان فِعلُهما مسقِطاً للعصمة، دونَ فِعْلِ الدابة.

---

(١) أسنىٰ المطالب ٤/ ١٢٠.

(٢) أي بيننا وبين الشافعي رحمه الله إذا صال الصبيُّ علىٰ إنسانٍ، أو صالت الدابة كالجمل علىٰ إنسان فقتَله.

(٣) أي فعل الدابة.

(٤) وهو الشَّهْر من الصبي والمجنون.

(٥) أي عصمة الصبي والمجنون: لحَقِّهما، لا لحَقِّ الغير.

ومَن شَهَرَ علىٰ غيرِه سلاحاً في المصر، فضَرَبَه، ثم قَتَلَه الآخَرُ بعد ذلك: فعلىٰ القاتل القصاصُ.

ومَن دَخَلَ عليه غيرُه ليلاً، وأخرج السرقةَ، فاتَّبَعَه وقَتَلَه: فلا شيءَ عليه.

ولنا: أنه[1] قَتَلَ شخصاً معصوماً، أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك، وفِعْلُ الدابةِ لا يَصلحُ مُسقِطاً، وكذا فعلُهما وإن كانت عصمتُهما حقَّهُما؛ لعدم اختيارٍ صحيحٍ، ولهذا لا يجبُ القصاصُ بتحقُّق الفعلِ منهما.

بخلاف العاقلِ البالغ؛ لأن له اختياراً صحيحاً.

وإنما لا يجبُ القصاصُ: لوجود المبيحِ، وهو دَفْعُ الشرِّ، فتجبُ الديةُ.

قال: (ومَن شَهَرَ علىٰ غيرِه سلاحاً في المصر، فضَرَبَه[2]، ثم قَتَلَه الآخَرُ[3] بعد ذلك: فعلىٰ القاتل القصاصُ).

معناه: إذا ضَرَبَه، فانصرف؛ لأنه خَرَجَ مِن أنْ يكون محارِباً بالانصراف، فعادت عصمتُه.

قال: (ومَن دَخَلَ عليه غيرُه[4] ليلاً، وأخرج السرقةَ، فاتَّبَعَه وقَتَلَه: فلا شيءَ عليه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتِلْ دونَ مالِكَ»[5].

---

(١) أي المشهور عليه.

(٢) أي الشاهر.

(٣) أي المضروب المشهور عليه.

(٤) وفي نُسخ: علىٰ غيره. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

(٥) سنن النسائي (٤٠٨١)، المعجم الكبير للطبراني (٧٤٦)، الدراية ٢/٢٦٨.

. . . .

ولأنه يُباحُ له[١] القتلُ دَفْعاً[٢] في الابتداء، فكذا استرداداً في الانتهاء[٣].

وتأويلُ المسألة[٤]: إذا كان لا يُتَمكَّنُ من الاسترداد إلا بالقتل، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١)أي للمدخول عليه.

(٢) أي لأجل الدفع.

(٣) أي فكذا له القتل لأجل استرداد ما أخذه. البناية ١٥/٣٩٣.

(٤) وفي نُسخ: ومعنىٰ المسألة.

باب
القصاص فيما دون النفس

ومَن قَطَعَ يدَ غيرِه عمداً من المَفْصِلِ : قُطِعتْ يدُه وإن كانت يدُه أكبرَ من اليدِ المقطوعة، وكذلك الرِّجْلُ، ومَارِنُ الأنف، والأُذُنُ.

باب
القصاص فيما دون النفس

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ غيرِه عمداً من المَفْصِلِ: قُطِعتْ يدُه وإن كانت يدُه أكبرَ من اليدِ المقطوعة).

لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾. المائدة/٤٥، وهو يُنبِىءُ عن المماثلة، فكلُّ ما أمكنَ رعايتُها فيه: يجبُ فيه القصاصُ، وما لا: فلا، وقد أَمكنَ في القطع من المَفْصِلِ، فاعتُبر.

ولا مُعتَبَرَ بكِبَرِ اليد، وصِغَرِها؛ لأن منفعةَ اليد لا تختلفُ بذلك.

قال: (وكذلك الرِّجْلُ، ومَارِنُ الأنف، والأُذُنِ[1])؛ لإمكان رعايةِ المماثلة في القطع.

---

(١) بضمِّ النون في نُسخٍ، ويكون المعنىٰ: وكذلك الأُذُنُ، معطوفةً علىٰ الرِّجْل، وفي نُسخٍ أخرىٰ ضُبطت بالكسر، بتقدير: مارنُ الأُذُنِ.

ومَن ضَرَبَ عينَ رُجُلٍ، فقَلَعَها : فلا قصاصَ عليه.

وإن كانت قائمةً، فذهب ضوؤها : فعليه القصاصُ.

تُحمَىٰ له المِرْآةُ، ويُجعَلُ علىٰ وجهه قُطْنٌ رَطْبٌ، وتُقَابَلُ عينُه بالمِرْآة، فيذهبُ ضَوْؤُها.

وفي السِّنِّ : القصاصُ، وإن كان سِنُّ مَن يُقتَصُّ منه أكبرَ من سِنِّ الآخَر.

قال: (ومَن ضَرَبَ عينَ رُجُلٍ، فقَلَعَها: فلا قصاصَ عليه)؛ لامتناع المماثلةِ في القلع.

(وإن كانت قائمةً، فذهب ضوؤها: فعليه القصاصُ)؛ لإمكان المماثلة، علىٰ ما قال في «الكتاب[1]».

قال: (تُحمَىٰ له المِرْآةُ، ويُجعَلُ علىٰ وجهه قُطْنٌ رَطْبٌ، وتُقَابَلُ عينُه بالمِرْآة، فيذهبُ ضَوْؤُها).

وهو مأثورٌ عن جماعةٍ من الصحابة رضي الله عنهم[2].

قال: (وفي السِّنِّ: القصاصُ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾. المائدة/٤٥.

قال: (وإن[3] كان سِنُّ مَن يُقتَصُّ منه أكبرَ من سِنِّ الآخَر)؛ لأن منفعةَ

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) منهم علي، وعثمان رضي الله عنهما. ينظر مصنف عبد الرزاق (١٧٤١٤) البناية ١٢/١٤٠، نصب الراية ٤/٣٥٠.

(٣) إن: هنا وصليةٌ.

وفي كلِّ شَجَّةٍ تتحقَّقُ فيها المماثلةُ: القصاصُ.

ولا قصاصَ في عَظْمٍ، إلا في السِّنِّ.

وليس فيما دونَ النفسِ شِبْهُ عمدٍ، إنما هو عمدٌ، أو خطأٌ.

السِّنِّ لا تتفاوت بالصِّغَر والكِبَر.

قال: (وفي كلِّ شَجَّةٍ تتحقَّقُ فيها المماثلةُ: القصاصُ)؛ لِمَا تَلَوْنا.

قال: (ولا قصاصَ في عَظْمٍ، إلا في السِّنِّ).

وهذا اللفظُ مَرْوِيٌّ عن عمرَ، وابنِ مسعود[1] رضي الله عنهما.

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا قصاصَ في عَظْمٍ[2]»[3]، والمرادُ: غيرُ السِّنِّ.

ولأن اعتبارَ المماثلةِ في غيرِ السِّنِّ متعذِّرٌ؛ لاحتمال الزيادةِ والنقصانِ، بخلاف السِّنِّ؛ لأنه يُبرَدُ بالمِبْرَدِ.

ولو قُلِعَ من أصلِه: يُقلَعُ الثاني، فيتماثلان.

قال: (وليس فيما دونَ النفسِ شِبْهُ عمدٍ، إنما هو عمدٌ، أو خطأٌ)؛

---

(١) قال في نصب الراية ٤/٣٥٠: غريب، وذكره عن الشعبي والحسن عند ابن أبي شيبة في المصنف (٢٧١٣٢)، لكن بلفظ: «ليس في العظام قصاصٌ»، بدون الاستثناء، وجاء مروياً عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عند ابن أبي شيبة أيضاً في المصنف (٢٧٣٠٣)، بإسناد ضعيف، وينظر البناية ١٢/١٤٢.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٦٩: لم أجده. يعني مرفوعاً.

(٣) وفي نُسخ: العظم.

ولا قصاصَ بين الرَّجُلِ والمرأةِ فيما دون النفس، ولا بين الحُرِّ والعبد، ولا بين العبدَيْن.

ويجبُ القصاصُ في الأطرافِ بين المسلمِ والكافر.

لأنَ شِبْهَ العمدِ يعودُ إلىٰ الآلة، والقتلُ هو الذي يَختلفُ باختلافها، دون ما دون النفس؛ لأنه لا يَختلفُ إتلافُه باختلاف الآلة، فلم يبقَ إلا العمدُ والخطأُ.

قال: (ولا قصاصَ بين الرَّجُلِ والمرأةِ فيما دون النفس[1]، ولا بين الحُرِّ والعبد، ولا بين العبدَيْن).

خلافاً للشافعي[2] رحمه الله في جميع ذلك، إلا في الحُرِّ يَقطعُ طرفَ العبد[3]، هو يَعتبرُ الأطرافَ بالأنفس؛ لكونها تابعةً لها.

ولنا: أن الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكَ الأموال، فيَنعدِمُ التماثلُ بالتفاوت في القيمة، وهو معلومٌ قطعاً بتقويم الشرع، فأمكن اعتبارُه.

بخلاف التفاوتِ في البَطْش؛ لأنه لا ضابطَ له، فاعتُبر أصلُه.

وبخلاف الأنفُس؛ لأن المتلَفَ[4] إزهاقُ الروحِ، ولا تفاوتَ فيه.

قال: (ويجبُ القصاصُ في الأطرافِ بين المسلمِ والكافر)؛ للتساوي بينهما في الأَرْش.

---

(١) للتفاوت، وعدم المساواة.

(٢) الحاوي الكبير ١٢/٢٦.

(٣) فإنه لا يجري القصاص علىٰ الحر عنده.

(٤) وفي نُسخ: المتعلَّق. قلت: أي إن سبب القصاص هو إزهاق الروح.

ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ من نصفِ الساعدِ عمداً، أو جَرَحَه جائفةً، فبَرَأَ منها: فلا قصاصَ عليه.

وإذا كانت يدُ المقطوعِ صحيحةً، ويدُ القاطعِ شلاَّءَ، أو ناقصةَ الأصابع: فالمقطوعُ يدُه بالخيار: إن شاء قَطَعَ اليدَ المَعِيبةَ، ولا شيءَ له غيرُها، وإن شاء أَخَذَ الأَرْشَ كاملاً.

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ من نصفِ الساعدِ عمداً[١]، أو جَرَحَه جائفةً[٢]، فبَرَأَ منها: فلا قصاصَ عليه).

لأنه لا يُمكنُ اعتبارُ المماثلةِ فيه، إذِ الأولُ كَسْرُ العظم، ولا ضابطَ فيه[٣].

وكذا البُرْءُ[٤] نادرٌ، فيُفضي الثاني[٥] إلىٰ الهلاكِ ظاهراً.

قال: (وإذا كانت يدُ المقطوعِ صحيحةً، ويدُ القاطعِ شلاَّءَ، أو ناقصةَ الأصابع: فالمقطوعُ يدُه بالخيار: إن شاء قَطَعَ اليدَ المَعِيبةَ، ولا شيءَ له غيرُها، وإن شاء أَخَذَ الأَرْشَ كاملاً)؛ لأن استيفاء الحَقِّ كَمَلاً متعذِّرٌ، فله أن يَتجوَّزَ بدون حَقِّه، وله أنْ يَعْدِلَ إلىٰ العِوَضِ، كالمِثْلِيِّ[٦] إذا انصرَمَ عن

---

(١) لفظ: عمداً: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ.

(٢) الجائفة هي التي تختص بالجوف: جوف الرأس أو جوف البطن.

(٣) أي في كسر العظم، وجاء في نُسخ: ولا ضابط في الثاني. قلت: وهو الجائفة؛ لأنها تصل إلىٰ البطن من الصدر، أو الظهر. البناية ١٥/٤٠٠.

(٤) أي في الجائفة، والهلاك فيها غالبٌ، فلا يمكن المماثلة.

(٥) وهو الجائفة.

(٦) أي إذا غصبه غاصب.

ومَن شَجَّ رَجُلاً، فاستوعبتِ الشجَّةُ ما بين قَرْنَيْه، وهي لا تستوعِبُ ما بين قَرْنَيِ الشاجِّ: فالمَشجوجُ بالخيار: إن شاء اقتَصَّ بمقدار شَجَّتِه، يَبتدئُ من أيِّ الجانبَيْن شاء، وإن شاء أَخَذَ الأرشَ.

أيدي الناسِ بعد الإتلاف.

ثم إذا استوفاها ناقصاً: فقد رضيَ به، فيسقطُ حَقُّه، كما إذا رضيَ بالرديء مكانَ الجيد.

ولو سَقَطَتِ يدُه المؤُفَةُ[١] قبلَ اختيارِ المَجْنِيِّ عليه، أو قُطِعتْ ظُلْماً: فلا شيءَ له[٢] عندنا؛ لأن حَقَّه متعيِّنٌ في القصاص، وإنما يُنتَقَلُ إلىٰ المال باختياره، فيسقطُ بفواته.

بخلاف ما إذا قُطِعتْ بحَقٍّ عليه، من قصاصٍ أو سرقةٍ، حيثُ يجبُ عليه الأرشُ؛ لأنه أوفىٰ به حَقّاً مستَحَقّاً، فصارت سالمةً له[٣] معنىً.

قال: (ومَن شَجَّ رَجُلاً، فاستوعبتِ الشجَّةُ ما بين قَرْنَيْه، وهي لا تستوعِبُ ما بين قَرْنَيِ الشاجِّ: فالمَشجوجُ بالخيار: إن شاء اقتَصَّ بمقدار شَجَّتِه، يَبتدئُ من أيِّ الجانبَيْن شاء، وإن شاء أَخَذَ الأرشَ)؛ لأن الشجَّةَ موجِبَةٌ؛ لكونها مُشَيِّنَةً فقط، فيزدادُ الشَّيْنُ بزيادتها.

---

(١) أي اليد التي أصابتها الآفة، وهي الشلاَّء. البناية ١٥/٤٠١.

(٢) أي لصاحب القصاص. وفي نُسخ: عليه.

(٣) أي للجاني.

ولا قصاصَ في اللسان، ولا في الذَّكَرِ.

إلا أن تُقطَعَ الحَشَفَةُ.

وفي استيفائه ما بين قَرْني الشاجِّ: زيادةٌ علىٰ ما فَعَلَ، ولا يَلحقُه من الشَّيْنِ باستيفائه قَدْرَ حَقِّه ما يَلحَقُ المَشجوجَ، فيَنتقِص[1]، فيُخيَّرُ، كما في الشلاَّءِ والصحيحة.

وفي عكسِه: يُخيَّرُ أيضاً؛ لأنه يتعذَّرُ الاستيفاءُ كَمَلاً؛ للتعدي إلىٰ غير حَقِّه.

وكذا إذا كانتِ الشجَّةُ في طول الرأسِ، وهي تأخذُ من جبهته إلىٰ قَفَاه، ولا تبلغُ إلىٰ قَفَا الشاجِّ: فهو بالخيار؛ لأن المعنىٰ لا يختلف.

قال: (ولا قصاصَ في اللسان، ولا في الذَّكَرِ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا قُطِعَ من أصله: يجب؛ لأنه يُمكنُ اعتبارُ المساواة.

ولنا: أنه يَنقبِضُ ويَنبسِطُ، فلا يُمكنُ اعتبارُ المساواة.

(إلا أن تُقطَعَ الحَشَفَةُ)؛ لأن موضعَ القطعِ معلومٌ، كالمَفْصِلِ.

ولو قُطِعَ بعضُ الحَشَفَةِ، أو بعضُ الذَّكَرِ: فلا قصاصَ فيه؛ لأن البعضَ لا يُعلَمُ مقدارُه.

---

(١) وفي نُسخ: فينتقض: بالضاد، وكذلك جاء في بعض طبعات الهداية. قلت: والصواب: بالصاد، أي ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجةُ ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً. البناية ١٥/٤٠٢.

. . . .

بخلاف الأُذُنِ إذا قُطِعَت كلُّها أو بعضُها؛ لأنها لا تنقبِضُ ولا تنْبَسِطُ، ولها حَدٌّ يُعرَف، فيُمكنُ اعتبارُ المساواة.

والشَّفَةُ إذا استقصاها بالقطع: يجبُ القصاصُ؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قَطَعَ بعضَها؛ لأنه يتعذَّرُ اعتبارُها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وإذا اصطلح القاتلُ وأولياءُ القتيلِ علىٰ مالٍ: سَقَطَ القصاصُ، ووَجَبَ المالُ، قليلاً كان أو كثيراً.

فصلٌ

في أحكام الصُّلْحِ في القصاصِ والعَفْو عنه

قال: (وإذا اصطلح القاتلُ وأولياءُ القتيلِ علىٰ مالٍ: سَقَطَ القصاصُ، ووَجَبَ المالُ، قليلاً كان أو كثيراً).

لقوله تعالىٰ: ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ ﴾. الآية. البقرة/١٧٨.

علىٰ ما قيل: نَزَلَتْ في الصلح.

وقولِه عليه الصلاة والسلام: «مَن قُتِلَ له قتيلٌ»[١]. الحديث.

والمراد، والله أعلم: الأخذُ بالرضا، علىٰ ما بيَّنَّاه، وهو الصلحُ بعَيْنه.

ولأنه حَقٌّ ثابتٌ للورثة، يجري فيه الإسقاطُ عفواً، فكذا تعويضاً؛ لاشتماله علىٰ إحسان الأولياء، وإحياءِ القاتل، فيجوزُ بالتراضي.

والقليلُ والكثيرُ فيه سواءٌ؛ لأنه ليس فيه نصٌّ مقدِّرٌ[٢]، فيُفوَّضُ إلىٰ اصطلاحهما، كالخلع وغيره.

---

(١) تمام الحديث: فهو بخير النَّظَرَيْن: إما أن يُعطَىٰ ـ أي الدية ـ، وإما أن يُقاد أهلُ القتيل»، في صحيح البخاري (١١٢، ٦٨٨٠)، صحيح مسلم (١٣٥٥).

(٢) بكسر الدال.

وإن لم يَذكروا حالاً ولا مؤجَّلاً : فهو حالٌّ .

وإن كان القاتلُ حُرَّاً وعبداً، فأَمَرَ الحرُّ ومولىٰ العبدِ رجلاً بأن يصالِحَ عن دمهما علىٰ ألفِ درهمٍ، ففَعَلَ : فالألفُ علىٰ الحُرِّ ومولىٰ العبد نصفان .

وإذا عَفَا أحدُ الشركاءِ من الدمِ، أو صالَحَ من نصيبه علىٰ عوضٍ : سَقَطَ حَقُّ الباقِيْن من القصاص، وكان لهم نصيبُهم من الدية .

قال: (وإن لم يَذكروا حالاً ولا مؤجَّلاً: فهو حالٌّ)؛ لأنه مالٌ واجبٌ بالعقد.

والأصلُ في أمثاله: الحُلُولُ، نحوُ المهرِ والثمنِ، بخلاف الديةِ؛ لأنها ما وجبت بالعقد.

قال: (وإن كان القاتلُ حُرَّاً وعبداً، فأَمَرَ الحرُّ ومولىٰ العبدِ رجلاً بأن يصالِحَ عن دمهما علىٰ ألفِ درهمٍ، ففَعَلَ: فالألفُ علىٰ الحُرِّ ومولىٰ العبد نصفان)؛ لأن عقدَ الصلحِ أُضِيفَ إليهما.

قال: (وإذا عَفَا أحدُ الشركاءِ من الدمِ، أو صالَحَ من نصيبه علىٰ عوضٍ: سَقَطَ حَقُّ الباقِيْن من القصاص، وكان لهم نصيبُهم من الدية).

وأصلُ هذا: أن القصاصَ حَقُّ جميعِ الورثة، وكذا الديةُ.

خلافاً لمالكٍ[1]، والشافعي[2] رحمهما الله في الزوجين.

---

(١) لم أقف علىٰ قوله فيما تيسر لي من كتب المالكية، والمشهور عنه أن القصاص موروثٌ للعصبات، وليس للزوجين حقٌّ في القصاص. البناية ١٥/٤٠٦.

(٢) الأم ٦/١٢.

. . . .

لهما: أن الوِراثةَ خلافةٌ، وهي بالنَّسَب، دونَ السببِ؛ لانقطاعه بالموت.

ولنا: أنه عليه الصلاة والسلام أَمَرَ بتوريث امرأةِ أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ من عَقْلِ زوجِها أَشْيَم[1] رضي الله عنهما.

ولأنه حَقٌّ يجري فيه الإرثُ، حتىٰ إنَّ مَن قُتِلَ وله ابنان، فمات أحدُهما عن ابنٍ: كان القصاصُ بين الصُّلْبيِّ وابنِ الابنِ، فيثبتُ لسائر الورثة.

والزوجيةُ تبقىٰ حكماً بعد الموت في حَقِّ الإرث.

أو يثبتُ[2] الإرثُ[3] مستنداً إلىٰ سببه، وهو الجرحُ، وإذا ثبت[4] للجميع: فكلٌّ منهم يتمكَّنُ من الاستيفاءِ والإسقاطِ عفواً وصلحاً.

ومِن ضرورةِ سقوطِ حَقِّ البعضِ في القصاص: سقوطُ حَقِّ الباقِيْن فيه؛ لأنه لا يتجزَّأُ.

بخلاف ما إذا قَتَلَ رجلَيْن، وعَفَا أحدُ الوليَّيْن؛ لأن الواجبَ هناك قصاصان من غير شبهةٍ؛ لاختلاف القتلِ والمقتول، وها هنا واحدٌ؛ لاتحادهما.

---

(١) سنن الترمذي (١٤١٥)، وقال: حسن صحيح، والعقل: هو الدية.

(٢) هذا دليلٌ آخر.

(٣) وفي نُسخ: أو يثبتُ الموت. قال في البناية ١٥/٤٠٩ أي يثبت الإرثُ بعد الموت حال كونه مستنداً إلىٰ سببه وهو الجرح، فصار له كمالٌ آخرَ في ثبوته قبل الموت. اهـ

(٤) أي حق القصاص.

وإذا قَتَلَ جماعةٌ واحداً عمداً: أُقْتُصَّ من جميعِهم.

وإذا سَقَطَ القصاصُ ينقلبُ نصيبُ[1] الباقِيْن مالاً؛ لأنه امتنع لمعنىً راجعٍ إلىٰ القاتل.

وليس للعَافي شيءٌ من المال؛ لأنه أسقط حَقَّه بفعله ورضاه.

ثم يجبُ ما يجبُ من المال: في ثلاثِ سنين.

وقال زفر رحمه الله: يجبُ في سنتَيْن فيما إذا كان بين الشريكين، وعَفَا أحدُهما؛ لأن الواجبَ نصفُ الديةِ، فيُعتبرُ بما إذا قُطعتْ يدُه خطأً.

ولنا: أن هذا بعضُ بدلِ الدم، وكلُّه مؤجَّلٌ إلىٰ ثلاث سنين، فكذلك بعضُه.

والواجبُ في اليد: كلُّ بدلِ الطَّرَف، وهو في سنتين في الشرع، ويجبُ في مالِه؛ لأنه عمدٌ.

قال: (وإذا قَتَلَ جماعةٌ واحداً عمداً: أُقْتُصَّ من جميعِهم).

لقول عمرَ رضي الله عنه فيه: لو تَمَالأَ عليه أهلُ صنعاءَ لقتلتُهم[2].

ولأن القتلَ بطريق التغالبِ: غالِبٌ.

والقصاصُ مَزْجَرَةٌ للسفهاء، فيجبُ؛ تحقيقاً لحِكمة الإحياء.

---

(١) وفي نُسخ: حق الباقين.

(٢) الموطأ ٢/٨٧١ (برقم ١٣)، وبلفظ: لو اشترك فيها أهل صنعاء...: في صحيح البخاري (٦٨٩٦)، وينظر نصب الراية ٤/٣٥٣.

وإذا قَتَلَ واحدٌ جماعةً، فحَضَرَ أولياءُ المقتولِين : قُتِلَ بجماعتِهم، ولا شيءَ لهم غيرُ ذلك.

فإن حَضَرَ واحدٌ منهم : قُتِلَ له، وسَقَطَ حَقُّ الباقين.

قال: (وإذا قَتَلَ واحدٌ جماعةً، فحَضَرَ أولياءُ المقتولِين: قُتِلَ بجماعتِهم، ولا شيءَ لهم غيرُ ذلك.

فإن حَضَرَ واحدٌ منهم: قُتِلَ له، وسَقَطَ حَقُّ الباقين).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يُقتَلُ بالأول منهم، ويجبُ للباقِين المالُ.

وإن اجتمعوا، ولم يُعرَفِ الأولُ: قُتِلَ لهم، وقُسِمَتِ الدياتُ بينهم.

وقيل: يُقرَعُ بينهم، فيُقتَلُ لمَن خرَجَت قُرْعتُه.

له[٢]: أن الموجودَ من الواحد قَتَلاتٌ، والذي تحقَّقَ في حَقِّه قتلٌ واحدٌ، فلا تَمَاثُلَ، وهو القياسُ في الفصلِ الأول[٣]، إلا أنه عُرِفَ بالشرع.

ولنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهم قاتِلٌ بوصفِ الكمال، فجاء التماثلُ.

أصلُه: الفصلُ الأول، إذ لو لم يكن كذلك: لَمَا وَجَبَ القصاصُ.

ولأنه وُجِدَ من كلِّ واحدٍ منهم جَرْحٌ صالحٌ للإزهاق، فيُضافُ إلىٰ كلِّ واحدٍ منهم، إذ هو لا يتجزَّأ.

---

(١) المهذب ٣/١٨٨.

(٢) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) وهو ما إذا قَتَلَ جماعةٌ واحداً.

ومَن وَجَبَ عليه القصاصُ، إذا مات: سَقَطَ القصاصُ.

وإذا قَطَعَ رجلان يدَ رَجُلٍ واحدٍ: فلا قصاصَ علىٰ واحدٍ منهما، وعليهما نصفُ الديةِ.

ولأن القصاصَ شُرِعَ مع المنافي؛ لتحقيق الإحياء، وقد حَصَلَ بقَتْله، فاكتُفِيَ به.

قال: (ومَن وَجَبَ عليه القصاصُ، إذا مات: سَقَطَ القصاصُ)؛ لفَوَات مَحَلِّ الاستيفاءِ، فأشبه موتَ العبدِ الجاني.

ويتأتَّىٰ فيه خلافُ الشافعيِّ[1] رحمه الله، إذِ الواجبُ أحدُهما[2] عنده.

قال: (وإذا قَطَعَ رجلان يدَ رَجُلٍ واحدٍ: فلا قصاصَ علىٰ واحدٍ منهما، وعليهما نصفُ الديةِ).

وقال الشافعيُّ[3] رحمه الله: تُقطَعُ يداهما.

والمَفْرِضُ[4]: إذا أَخَذَا سكِّيناً، وأَمَرَّاه[5] علىٰ يدِه حتىٰ انقطعت[6].

---

(١) نهاية المطلب ٥/٢٧٢.

(٢) أي القصاص أو الدية.

(٣) التهذيب ٧/١٧٢.

(٤) أي وموضع فَرْضِ المسألةِ الخلافية. البناية ١٥/٤١٣، وفي نُسخ: المفروض.

(٥) أي السكين، وهو يُذكَّر ويؤنَّث، والغالب عليه التذكير. مختار الصحاح.

(٦) أما لو وَضَعَ أحدُهما السكينَ من جانبٍ، والآخرُ من جانبٍ آخرَ، وأَمَرَّ كلٌّ واحدٍ سكينَه حتىٰ التقيا، وانقطعت اليدُ: لا قصاصَ عنده.

وإن قَطَعَ واحدٌ يَمينَيْ رَجُلَيْن، فحَضَرَا: فلهما أنْ يَقطَعَا يدَه، ويأخذا منه نصفَ الديةِ، يقتسمانِه نصفَيْن.

له[١]: الاعتبارُ بالأنفس، والأيدي تابعةٌ لها، فأَخَذَتْ حُكْمَها، أو يُجمَعُ بينهما بجامع الزَّجْر.

ولنا: أن كلَّ واحدٍ منهما قاطِعٌ بعضَ اليدِ؛ لأنَّ الانقطاعَ حصل باعتمادَيْهما، والمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ، فيُضافُ إلىٰ كلِّ واحدٍ منهما البعضُ، فلا مماثلةَ.

بخلاف النفس: لأنَّ الانزهاقَ لا يتجزَّأُ.

ولأن القتلَ بطريق الاجتماع غالِبٌ؛ حِذَارَ الغَوْثِ.

والاجتماعُ علىٰ قَطْعِ اليد من المَفْصِل: في حَيِّز النُّدْرة؛ لافتقاره إلىٰ مقدِّماتٍ بطيئةٍ[٢]، فيَلحَقُه الغَوْثُ.

قال: وعليهما نصفُ الدِّيَةِ؛ لأنه ديةُ اليدِ الواحدةِ، وهما قَطَعَاها.

قال: (وإن قَطَعَ واحدٌ يَمينَيْ رَجُلَيْن، فحَضَرَا: فلهما أنْ يَقطَعَا يدَه، ويأخذا منه نصفَ الديةِ، يقتسمانِه نصفَيْن)، سواءٌ قَطَعَهما معاً، أو علىٰ التعاقُب.

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: في التعاقب: يُقطَعُ بالأول، وفي القِران:

---

(١) أي للشافعي رحمه الله.

(٢) مِن شَدِّ اليد وأخذ السكين والإمرار علىٰ المفصل إلىٰ أن يقطع.

(٣) البيان للعمراني ١١/٣٩٤.

وإن حَضَرَ واحدٌ منهما، فقَطَعَ يدَه : فللآخَر عليه نصفُ الدية .

وإذا أَقرَّ العبدُ بقتل العمدِ : لَزِمَه القَوَدُ .

يُقرَعُ؛ لأن اليدَ استحقَّها الأولُ، فلا يثبتُ الاستحقاقُ فيها للثاني، كالرهن بعد الرهن، وفي القِران: اليدُ الواحدةُ لا تَفِي بالحَقَّيْن، فيُرجَّحُ بالقُرعة.

ولنا: أنهما استويا في سببِ الاستحقاق، فيستويان في حُكْمِه[١]، كالغريمَيْن في التَّرِكة.

والقصاص[٢]: مِلكُ الفعل، يثبتُ مع المُنافي، فلا يَظهَرُ إلا في حَقِّ الاستيفاء، أما المَحَلُّ فخِلْوٌ عنه، فلا يمنعُ ثبوتَ الثاني.

بخلاف الرهن: لأن الحَقَّ ثابتٌ في المَحَلِّ، فصار كما إذا قَطَعَ العبدُ يمينَيْهما[٣] علىٰ التعاقب، فتُستَحَقُّ رقبتُه لهما.

قال: (وإن حَضَرَ واحدٌ منهما، فقَطَعَ يدَه: فللآخَر عليه نصفُ الدية)؛ لأن للحاضر أن يستوفيَ؛ لثبوت حَقِّه، وتَرَدُّدِ حَقِّ الغائب[٤]، وإذا استوفىٰ: لم يبقَ مَحَلُّ الاستيفاء، فيتعيَّنُ حَقُّ الآخَرِ في الدية؛ لأنه أَوفىٰ به حَقّاً مستَحَقّاً.

قال: (وإذا أَقرَّ العبدُ بقتل العمدِ: لَزِمَه القَوَدُ).

---

(١) وهو القصاص.

(٢) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله.

(٣) وفي نُسخ: يميني رَجُلين.

(٤) وفي نُسخ: الآخر.

وَمن رَمَىٰ رجلاً عمداً، فنَفَذَ السهمُ منه إلىٰ آخَرَ، فماتا: فعليه القصاصُ للأول، والديةُ للثاني علىٰ عاقلته.

وقال زفرُ رحمه الله: لا يصحُّ إقرارُه؛ لأنه يلاقي حَقَّ المولىٰ بالإبطال، فصار كما إذا أقرَّ بالمال.

ولنا: أنه غيرُ متَّهمٍ فيه؛ لأنه مُضِرٌّ به، فيُقبَلُ به[1].

ولأن العبدَ مُبَقًّى علىٰ أصل الحرية في حَقِّ الدم؛ عملاً بالآدمية، حتىٰ لا يصحُّ إقرارُ المولىٰ عليه بالحدِّ والقصاص، وبطلانُ حَقِّ المولىٰ بطريق الضِّمْن، فلا يُبالَىٰ به.

قال: (وَمن رَمَىٰ رجلاً عمداً، فنَفَذَ السهمُ منه إلىٰ آخَرَ، فماتا: فعليه القصاصُ للأول، والديةُ للثاني علىٰ عاقلته).

لأن الأولَ: عمدٌ، والثاني: أحدُ نوعَيِ الخطأ، كأنه رمىٰ إلىٰ صيدٍ، فأصاب آدمياً، والفعلُ يتعدَّدُ بتعدُّدِ الأثر، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي إقراره.

فصلٌ

ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ خطأً، ثم قَتَلَه عمداً قبلَ أن تَبرأَ يدُه.

أو قَطَعَ يدَه عمداً، ثم قَتَلَه خطأً.

أو قَطَعَ يدَه خطأً، فبَرَأَتْ يدُه، ثم قَتَلَه خطأً.

أو قَطَعَ يدَه عمداً، فبَرَأَتْ، ثم قَتَلَه عمداً: فإنه يُؤخَذُ بالأمرَيْن جميعاً.

فصلٌ

في بيان حُكْم الفعلَيْن في الجناية

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ خطأً، ثم قتَلَه عمداً قبلَ أن تَبرأ يدُه.

أو قَطَعَ يدَه عمداً، ثم قتَلَه خطأً.

أو قَطَعَ يدَه خطأً، فبَرَأَت[1] يدُه، ثم قتَلَه خطأً.

أو قَطَعَ يدَه عمداً، فبَرَأَتْ، ثم قتَلَه عمداً: فإنه يُؤخَذُ بالأمرَيْن جميعاً).

والأصلُ فيه: أن الجمعَ بين الجِرَاحات واجبٌ ما أمكنَ؛ تتميماً للأول[2]؛ لأن القتلَ في الأعمِّ يقعُ بضَرَبَاتٍ متعاقبةٍ، وفي اعتبار كلِّ ضربةٍ بنفسها بعضُ الحرج، إلا أنْ لا يُمكِنَ الجمعُ: فيُعطىٰ كلُّ واحدٍ حُكمَ نفسِه.

---

(١) علىٰ وزن: قَطَعَ، ويجوز علىٰ وزن: سَلِمَ: برئت. مختار الصحاح (برأ).

(٢) أي الجرح الأول.

وإن كان قَطَعَ يدَه عمداً، ثم قَتَلَه عمداً قبل أن تبرأ يدُه: فإن شاء الإمامُ قال: اقطعوه، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتُلوه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُقتَلُ، ولا تُقطَعُ يدُه.

وقد تعذَّر الجمعُ في هذه الفصول في الأوَّلَيْن؛ لاختلاف حُكمِ الفعلَيْن، وفي الآخَرَيْن؛ لتخلُّل البُرْءِ، وهو قاطِعٌ للسِّرَاية.

حتىٰ لو لم يتخلَّلْ وقد تجانَسَا، بأن كانا خطأَيْن: يُجمَعُ، بالإجماع؛ لإمكان الجمعِ، واكتُفِيَ بدِيَةٍ واحدةٍ.

قال: (وإن كان قَطَعَ يدَه عمداً، ثم قَتَلَه عمداً قبل أن تبرأ يدُه: فإن شاء الإمامُ قال: اقطعوه، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتُلوه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُقتَلُ، ولا تُقطَعُ يدُه)؛ لأن الجمعَ ممكِنٌ؛ لتجانس الفعلَيْن، وعدمِ تخلُّلِ البُرْءِ، فيُجمَعُ بينهما.

وله: أن الجمعَ متعذِّرٌ، إما للاختلاف بين الفعلَيْن هذين؛ لأن الموجَبَ القودُ، وهو يَعتمِدُ المساواةَ في الفعل، وذلك بأن يكون القتلُ بالقتل، والقطعُ بالقطع، وهو متعذِّرٌ، أو لأنَّ الحَزَّ يَقطعُ إضافةَ السراية إلىٰ القطع، حتىٰ لو صَدَرَا من شخصَيْن: يجبُ القَوَدُ علىٰ الحازِّ، فصار كتخلُّلِ البُرْء.

بخلاف ما إذا قَطَعَ، وسَرَىٰ؛ لأن الفعلَ واحدٌ.

وبخلاف ما إذا كانا خطأَيْن؛ لأن الموجَبَ الديةُ، وهي بدلُ النفس من غير اعتبارِ المساواة.

ومَن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، فبَرَأَ من تسعين، ومات من عشرةٍ: ففيه ديةٌ واحدةٌ.

وإن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، وجَرَحَتْه، وبقِيَ له أثرٌ: تجبُ حُكومةُ العدل أيضاً.

ولأن أَرْشَ اليدِ إنما يجبُ عند استحكام أثرِ الفعل، وذلك بالحَزِّ القاطع للسراية، فيَجتمِعُ ضمانُ الكلِّ وضمانُ الجزءِ في حالةٍ واحدةٍ، ولا يجتمعان[1]، أما القطعُ والقتلُ قصاصاً: يجتمعان.

قال: (ومَن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، فبَرَأَ من تسعين، ومات من عشرةٍ[2]: ففيه ديةٌ واحدةٌ)؛ لأنه لَمَّا بَرَأَ منها: لا تبقىٰ معتبرةً في حَقِّ الأرش وإنْ بقيتْ معتبرةً في حَقِّ التعزير، فبقِيَ[3] الاعتبارُ للعشرة.

وكذلك كلُّ جراحةٍ اندمَلَتْ، ولم يبقَ لها أثرٌ، علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله: في مثله حُكومةُ عَدْلٍ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه تجبُ أجرةُ الطبيب، وثمنُ الأدوية.

قال: (وإن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، وجَرَحَتْه، وبقِيَ له أثرٌ: تجبُ حُكومةُ العدل أيضاً)؛ لبقاء الأثرِ، والأَرْشُ إنما يجبُ باعتبار الأثرِ في النفس.

---

(١) أي والحال أنهما لا يجتمعان.

(٢) ومعنىٰ هذا: أنه ضَرَبَه في موضعٍ تسعين، وفي موضعٍ عشرةً، فبرأ موضعُ التسعين، ولم يبرأ موضع العشرة. البناية ١٥/٤٢١.

(٣) وفي نُسخ: فتعيَّن.

ومَن قَطَعَ يدَ رجلٍ، فعفَا المقطوعةُ يدُه عن القطع، ثم مات من ذلك: فعلىٰ القاطعِ الديةُ في ماله.

وإن عَفَا عن القطع وما يحدُثُ منه، أو عن الجناية، ثم مات من ذلك: فهو عَفْوٌ عن النفس.

ثم إن كان خطأً: فهو من الثلُث، وإن كان عمداً: فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا عَفَا عن القطع: فهو عفوٌ عن النفس أيضاً.

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ رجلٍ، فعفَا المقطوعةُ يدُه عن القطع، ثم مات من ذلك: فعلىٰ القاطعِ الديةُ في ماله.

وإن عَفَا عن القطع وما يحدُثُ منه، أو عن الجناية، ثم مات من ذلك: فهو عَفْوٌ عن النفس.

ثم إن كان[1] خطأً: فهو من الثلُث، وإن كان عمداً: فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا عَفَا عن القطع: فهو عفوٌ عن النفس أيضاً).

وعلىٰ هذا الاختلاف: إذا عَفَا عن الشَّجَّةِ، ثم سَرَىٰ إلىٰ النفس، ومات.

لهما: أن العفوَ عن القطع عفوٌ عن موجَبِه، وموجَبُه: القطعُ لو اقتصر، أو القتلُ: إذا سرىٰ، فكان العفوُ عنه عفواً عن أحدِ موجَبَيْه أيِّهما كان.

---

(١) أي القطع.

. . . .

ولأن اسمَ القطعِ يتناولُ الساريَ والمقتصرَ، فيكون العفوُ عن القطع: عفواً عن نوعَيْه، وصار كما إذا عفا عن الجناية: فإنه يتناولُ الجنايةَ الساريةَ والمقتصرةَ، كذا هذا.

وله: أن سببَ الضمان قد تحقَّق، وهو قتلُ نفسٍ معصومةٍ متقوِّمةٍ، والعفوُ لم يتناوَلْه[1] بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع، وهو[2] غيرُ القتل، وبالسِّرَاية تبيَّن أن الواقعَ قَتْلٌ، وحَقُّه فيه، ونحن نوجِبُ ضمانَه.

وكان ينبغي أن يجبَ القصاصُ، وهو القياسُ؛ لأنه هو الموجَبُ للعمد، إلا أن في الاستحسان تجبُ الديةُ؛ لأن صورةَ العفو أورثَتْ شُبْهةً، وهي دارِئةٌ للقَوَد.

ولا نسلِّمُ أنَّ السَّاريَ نوعٌ من القطع، وأن السِّرايةَ صفةٌ له، بل الساري: قَتْلٌ من الابتداء.

وكذلك لا موجَبَ له من حيثُ كونُه قطعاً، فلا يتناولُه العفو.

بخلاف العفوِ عن الجناية؛ لأنه اسمُ جنسٍ.

وبخلاف العفوِ عن الشجَّةِ، وما يحدُثُ منها؛ لأنه صريحٌ في العفو عن السراية والقتلِ.

---

(١) أي القتل.

(٢) أي القطع.

وإذا قَطَعَتِ المرأةُ يدَ رَجُلٍ، فتزوَّجها علىٰ يدِه، ثم مات: فلها مهرُ مثلِها، وعلىٰ عاقِلَتِها الديةُ إن كان خطأً، وإن كان عمداً: ففي مالِها.

ولو كان القطعُ خطأً: فقد أجراه مُجرىٰ العمدِ في هذه الوجوه، وِفاقاً وخلافاً، آذَنَ بذلك إطلاقُه[1]، إلا أنه إنْ كان خطأً: فهو من الثلث، وإن كان عمداً: فهو من جميع المال؛ لأن موجَبَ العمد القودُ، ولم يتعلَّقْ به حَقُّ الورثة؛ لِمَا أنه ليس بمالٍ، فصار كما إذا أوصىٰ بإعارةِ أرضِه.

أما الخطأُ: فموجَبُه المالُ، وحقُّ الورثة يتعلَّق به، فيُعتَبَرُ من الثلُث.

قال: (وإذا قَطَعَتِ المرأةُ يدَ رَجُلٍ، فتزوَّجها علىٰ يدِه، ثم مات: فلها مهرُ مثلِها، وعلىٰ عاقِلَتِها الديةُ إن كان خطأً، وإن كان عمداً: ففي مالِها).

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن العفوَ عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدُثُ عنه عنده: فالتزوُّجُ علىٰ اليد لا يكون تزوُّجاً علىٰ ما يَحدُثُ منه.

ثم القطعُ إذا كان عمداً: يكون هذا تزوُّجاً علىٰ القصاص في الطرف، وهو ليس بمالٍ، فلا يَصلُحُ مهراً، لا سيما علىٰ تقدير السقوطِ، فيجبُ مهرُ المِثْلِ.

وعليها الديةُ في مالِها؛ لأن التزوُّجَ وإن كان يتضمَّنُ العفوَ علىٰ ما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ[2]، لكنْ عن القصاص في الطَّرَفِ في هذه الصورة.

---

(١) أي إطلاق محمد في الجامع الصغير، حيث قال: ومَن قطع يدَ رجل، فعفا المقطوعةُ يدُه. اهـ البناية ١٥/٤٢٤.

(٢) في الصفحة القادمة عند قوله: ولا شيء له عليها؛ لأنه لَمَّا جعل...

ولو تزوَّجها علىٰ اليد وما يَحدُثُ منها، أو علىٰ الجناية، ثم مات من ذلك، والقطعُ عمدٌ: فلها مهرُ مثلها، ولا شيءَ له عليها.

وإذا سَرَىٰ: تبيَّن أنه قَتْلُ النفس، ولم يتناولْه العفوُ، فتجبُ الديةُ، وتجبُ في مالِها؛ لأنه عمدٌ.

والقياسُ أن يجبَ القصاصُ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وإذا وَجَبَ لها مهرُ المثل، وعليها الديةُ: تقع المُقَاصَّةُ إن كانا علىٰ السواء، وإن كان في الدية فَضْلٌ: تَرُدُّه علىٰ الورثة، وإن كان في المهر فضلٌ: تردُّه الورثةُ عليها.

وإذا كان القطعُ خطأً: يكون هذا تزوُّجاً علىٰ أَرْشِ اليد.

وإذا سرىٰ إلىٰ النفس: تبيَّنَ أنه لا أَرْشَ لليد، وأنَّ المسمَّىٰ معدومٌ، فيجبُ مهرُ المثل، كما إذا تزوَّجها علىٰ ما في اليد، ولا شيءَ فيها.

ولا يتقاصَّان؛ لأن الديةَ تجبُ علىٰ العاقلةِ في الخطأ، والمهرُ لها.

قال: (ولو تزوَّجها علىٰ اليد وما يَحدُثُ منها، أو علىٰ الجناية، ثم مات من ذلك، والقطعُ عمدٌ: فلها مهرُ مثلها)؛ لأن هذا تزوُّجٌ علىٰ القصاص، وهو لا يَصلُحُ مهراً، فقد رضيَ بسقوطه؛ فيجبُ مهرُ المثل علىٰ ما بيَّنَّاه، وصار كما إذا تزوجها علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ.

(ولا شيءَ له عليها)؛ لأنه لَمَّا جَعَلَ القصاصَ مهراً: فقد رضيَ بسقوطه بجهة المهر، فيسقطُ أصلاً، كما إذا أسقط القصاصَ بشرط أن يصيرَ مالاً، فإنه يسقطُ أصلاً.

وإن كان خطأً: يُرفَعُ عن العاقلة مقدارُ مهرِ مثلِها، ولهم ثُلُثُ ما تَرَكَ الميتُ وصيةً.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجوابُ فيما إذا تزوَّجها علىٰ اليد.

قال: (وإن كان خطأً: يُرفَعُ عن العاقلة مقدارُ مهرِ مثلِها، ولهم ثُلُثُ ما تَرَكَ الميتُ وصيةً).

لأن هذا تزوُّجٌ علىٰ الدية، وهي تصلُحُ مهراً، إلا أنه يُعتبرُ بقَدْرِ مهرِ المثلِ من جميع المال؛ لأنه مريضٌ مرضَ الموتِ، والتزوُّجُ من الحوائج الأصلية، ولا يصحُّ في حَقِّ الزيادة علىٰ مهر المثلِ؛ لأنه مُحاباةٌ، فيكونُ وصيةً، فيُرفَعُ عن العاقلة؛ لأنهم يتحمَّلون عنها، فمن المُحَالِ أن ترجع[1] عليهم بموجَبِ جنايتها.

وهذه الزيادةُ وصيةٌ لهم؛ لأنهم من أهل الوصية؛ لِمَا أنهم ليسوا بقَتَلَةٍ، فإن كانت تخرجُ من الثلثِ: تسقطُ، وإن لم تكن تخرجُ من الثلث: يسقطُ ثلثُه[2].

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجوابُ فيما إذا تزوَّجها علىٰ اليد)، لأن العفوَ عن اليد عفوٌ عمَّا يَحدُثُ منها عندهما، فاتَّفَقَ جوابُهما في الفصلَيْن.

---

(١) أي المرأة.

(٢) أي ثلث ما زاد علىٰ مهر المثل إلىٰ تمام الدية.

ومَن قُطعت يدُه، فاقتُصَّ له من اليد، ثم مات: فإنه يُقتَلُ المُقتَصُّ منه.

ومَن قُتِلَ وليُّه عمداً، فقَطَعَ يدَ قاتِلِه، ثم عفا، وقد قُضِيَ له بالقصاص أو لم يُقْضَ: فعلىٰ قاطعِ اليدِ ديةُ اليد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شيءَ عليه.

قال: (ومَن قُطعت يدُه، فاقتُصَّ له من اليد، ثم مات: فإنه يُقتَلُ المُقتَصُّ منه)؛ لأنه بالسراية تبيَّنَ أن الجنايةَ كانت قَتْلَ عمدٍ، وحَقُّ المُقتَصِّ له: القَوَدُ، واستيفاءُ القطعِ لا يوجِبُ سقوطَ القَوَدِ، كمَن كان له القَوَدُ إذا استوفىٰ طَرَفَ مَن عليه القَوَد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يسقطُ حَقُّه في القصاص؛ لأنه لَمَّا أقدم علىٰ القطع: فقد أبرأه عمَّا وراءَه.

ونحن نقول: إنما أقدم علىٰ القطعِ ظنّاً منه أنَّ حَقَّه فيه، وبعد السرايةِ تبيَّن أن حقَّه في القَوَدَ، فلم يكن مُبْرِئاً عنه بدون العلم به.

قال: (ومَن قُتِلَ وليُّه عمداً، فقَطَعَ يدَ قاتِلِه، ثم عفا، وقد قُضِيَ له بالقصاص أو لم يُقْضَ: فعلىٰ قاطعِ اليدِ ديةُ اليد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شيءَ عليه).

لأنه استوفىٰ حَقَّه، فلا يَضمنُه، وهذا لأنه استَحَقَّ إتلافَ النفس بجميع أجزائها، ولهذا لو لم يَعفُ: لا يضمنُه.

وكذا إذا سَرَىٰ وما بَرَأَ، أو ما عفا وما سَرَىٰ، أو قَطَعَ، ثم حَزَّ رقبتَه قبلَ البُرْءِ أو بعدَه، وصار كما إذا كان له قصاصٌ في الطَّرَف، فقَطَعَ أصابعَه، ثم عفا: لا يضمنُ الأصابعَ.

ومَن له القصاصُ في الطرفِ، إذا استوفاه، ثم سَرَىٰ إلىٰ النفسِ، ومات: يضمنُ ديةَ النفس عند أبي حنيفة رحمه الله.

وله: أنه استوفىٰ غيرَ حَقِّه؛ لأنَّ حَقَّه في القتل، وهذا قَطْعٌ وإبانةٌ في الأصل، وكان القياسُ أنْ يجبَ القصاصُ، إلا أنه سَقَطَ للشبهة، فإنَّ له أن يُتلِفَه تَبَعاً، وإذا سقط: وَجَبَ المالُ.

وإنما لا يجبُ في الحال: لأنه يحتملُ أنْ يصيرَ قَتْلاً بالسِّراية، فيكونُ مستوفياً حَقَّه، ومِلْكُ القصاصِ في النفس ضروريٌّ، لا يَظْهَرُ إلا عند الاستيفاءِ أو العفوِ أو الاعتياضِ؛ لِمَا أنه تصرُّفٌ فيه، فأما قبلَ ذلك: لم يَظهرْ؛ لعدم الضرورة، بخلاف ما إذا سَرَىٰ؛ لأنه استيفاءٌ.

وأما إذا لم يَعْفُ، وما سَرَىٰ:

قلنا: إنما تبيَّنُ كونُه قطعاً بغير حقٍّ بالبُرْء، حتىٰ لو قَطَعَ وما عَفَا، وبَرَأَ: الصحيحُ أنه علىٰ هذا الخلاف.

وإذا قَطَعَ، ثم حَزَّ رقبتَه قبلَ البُرْءِ: فهو استيفاءٌ.

ولو حَزَّ بعد البُرْء: فهو علىٰ هذا الخلاف، هو الصحيحُ.

والأصابعُ وإن كانت تابعةً قِياماً بالكفِّ، فالكفُّ تابعةٌ لها غَرَضاً، بخلاف الطَّرَف؛ لأنها تابعةٌ للنفس من كلِّ وجهٍ.

قال: (ومَن له القصاصُ في الطرفِ، إذا استوفاه، ثم سَرَىٰ إلىٰ النفسِ، ومات: يضمنُ ديةَ النفس عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يضمنُ.

وقالا: لا يضمنُ)؛ لأنه استوفىٰ حَقَّه، وهو القطعُ، ولا يُمكنُ التقييدُ بوصفِ السلامة؛ لِمَا فيه من سَدِّ بابِ القصاص، إذِ الاحترازُ عن السراية ليس في وُسْعِه، فصار كالإمام[1]، والبَزَّاغِ، والحَجَّامِ، والمأمورِ بقطع اليد.

وله: أنه قَتْلٌ بغير حَقٍّ؛ لأنَّ حَقَّه: في القطع، وهذا وَقَعَ قَتْلاً، ولهذا لو وَقَعَ ظُلْماً: كان قَتْلاً.

ولأنه جُرْحٌ أفضىٰ إلىٰ فَوَات الحياةِ في مُجْرَىٰ العادة، وهو مسمَّىٰ القتلِ، إلا أن القصاصَ سَقَطَ للشبهة، فوَجَب المالُ.

بخلاف ما استشهدا به من المسائل؛ لأنه مكلَّفٌ فيها بالفعل، إما تَقَلُّداً، كالإمام، أو عَقْداً، كما في غيرِه منها.

والواجباتُ لا تتقيَّدُ بوَصْفِ السلامة، كالرَّمْي إلىٰ الحربيِّ، وفيما نحنُ فيه: لا التزامَ[2]، ولا وجوبَ، إذ هو مندوبٌ إلىٰ العفو، فيكونُ من باب الإطلاق[3]، فأشبَهَ الاصطيادَ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) أي القاضي إذا قطع يد السارق، فمات من ذلك: لا يضمن الدية.

(٢) وفي نُسخ: لا إلزام.

(٣) أي الإباحة

باب

الشهادة في القتل

ومَن قُتِلَ وله ابنان حاضِرٌ وغائبٌ، فأقام الحاضِرُ البيِّنةَ علىٰ القتل، ثم قَدِمَ الغائبُ: فإنه يُعيدُ البيِّنةَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعيدُها.

وإن كان خطأً: لم يُعِدْها، بالإجماع.

وكذلك الدَّيْنُ يكونُ لأبيهما علىٰ الآخَرَ.

باب

الشهادة في القتل

قال: (ومَن قُتِلَ وله ابنانِ حاضِرٌ وغائبٌ، فأقام الحاضِرُ البيِّنةَ علىٰ القتل، ثم قَدِمَ الغائبُ: فإنه يُعيدُ البيِّنةَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعيدُها.

وإن كان خطأً: لم يُعِدْها، بالإجماع.

وكذلك الدَّيْنُ يكونُ لأبيهما علىٰ الآخَرَ[1]).

لهما في الخلافية: أن القصاصَ طريقُه طريقُ الوِراثةِ، كالدَّيْن، وهذا لأنه عِوَضٌ عن نفسِه، فيكونُ المِلكُ فيه لمَن له الملكُ في المعوَّض، كما في الدية.

---

(١) أي لا يُكلَّف إعادة البينة بالإجماع.

فإن كان أقام القاتلُ البيِّنةَ أن الغائبَ قد عفا : فالشاهدُ خصمٌ، ويسقطُ القصاصُ.

وكذلك عبدٌ بين رجلَيْن.

ولهذا لو انقلب مالاً: يكونُ للميت، ولهذا يَسقطُ بعَفْوِه بعد الجَرْحِ قبلَ الموت، فينتَصِبُ أحدُ الورثةِ خصماً عن الباقين، كما قلنا في الدَّين.

وله: أن القصاصَ طريقُه الخلافةُ، دونَ الوِراثة؛ ألا ترىٰ أن ملكَ القصاصِ يَثْبُتُ بعد الموت، والميتُ ليس من أهله، بخلاف الدينِ والديةِ؛ لأنه من أهلِ الملكِ في الأموال، كما إذا نَصَبَ شبكةً، فتعقَّل[1] بها صيدٌ بعد موته: فإنه يَملِكُه.

وإذا كان طريقُه الإثباتُ ابتداءً: لا يَنتصِبُ أحدُهم خصماً عن الباقين، فيُعيدُ البينةَ بعد حضوره.

قال: (فإن كان أقام القاتلُ البيِّنةَ أن الغائبَ قد عفا: فالشاهدُ خصمٌ، ويسقطُ القصاصُ)؛ لأنه ادَّعىٰ علىٰ الحاضر سقوطَ حَقِّه في القصاص إلىٰ مالٍ، ولا يُمكنُه إثباتُه إلا بإثبات العفوِ عن الغائب، فيَنتصِبُ الحاضرُ خصماً عن الغائب.

قال: (وكذلك عبدٌ بين رجلَيْن) قُتِلَ عمداً، وأحدُ الرجلَيْن غائبٌ: فهو علىٰ هذا؛ لِمَا بيَّنَّاه.

---

(١) وفي نُسخ: وتعلَّق.

فإن كان الأولياءُ ثلاثةً، فشهد اثنان منهم علىٰ آخَرَ أنه قد عفا: فشهادتُهما باطلةٌ، وهو عَفْوٌ منهما.

فإن صدَّقَهما القاتلُ: فالديةُ بينهم أثلاثاً.

وإن كذَّبهما: فلا شيءَ لهما، وللآخَر ثلثُ الدية.

قال: (فإن كان الأولياءُ ثلاثةً، فشهد اثنان منهم علىٰ آخَرَ أنه قد عفا: فشهادتُهما باطلةٌ، وهو عَفْوٌ منهما)؛ لأنهما يَجُرَّان بشهادتهما إلىٰ أنفسِهما مَغْنَماً، وهو انقلابُ القَوَدِ مالاً.

قال: (فإن صدَّقَهما القاتلُ: فالديةُ بينهم أثلاثاً).

معناه: إذا صدَّقهما وحدَه، دونَ المشهودِ عليه؛ لأنه لَمَّا صدَّقَهما: فقد أقرَّ بثلثي الدية لهما، فصحَّ إقرارُه، إلا أنه يدَّعي سقوطَ حَقِّ المشهودِ عليه، وهو يُنكِرُ، فلا يُصدَّقُ، ويَغرَمُ نصيبَه.

قال: (وإن كذَّبهما[1]: فلا شيءَ لهما[2]، وللآخَرَ[3] ثلثُ الدية).

معناه: إذا كذَّبهما المشهودُ عليه أيضاً[4]، وهذا لأنهما أقرَّا علىٰ أنفسِهما بسقوط القصاصِ، فقُبِلَ، وادَّعيا انقلابَ نصيبِهما مالاً: فلا يُقبَلُ

---

(١) أي القاتل، ويحتمل: إن كذبهما المشهودُ عليه. ينظر البناية ١٥/٤٣٦.

(٢) أي الشاهدين.

(٣) وهو المشهود عليه.

(٤) قال العيني في البناية ١٥/٤٣٦: وفي بعض النُّسخ: إذا كذَّبهما القاتل أيضاً، وأشار إلىٰ هذا الفرق أيضاً صاحب نسخة ١٠٣٨هـ.

. . . .

إلا بحُجَّةٍ، وينقلبُ نصيبُ المشهودِ عليه مالاً، لأنَّ دعواهما العفوَ عليه، وهو يُنكِرُ.

بمنزلة ابتداءِ العفوِ منهما في حَقِّ المشهود عليه؛ لأنَّ سقوطَ القَوَدِ يضافُ إليهما.

وإن صدَّقَهما المشهودُ عليه وحدَه: غَرِمَ القاتلُ ثلثَ الدية للمشهود عليه، وهو الأصحُّ؛ لإقراره له بذلك، ولكنه يُصرَفُ[١] ذلك إلىٰ الشاهدين، وهذا الذي ذكرنا استحسانٌ.

والقياسُ أن لا يلزمَه شيءٌ، لا القصاصُ ولا المالُ؛ لأن ما ادَّعاه الشاهدان علىٰ القاتل من المالِ بواسطة العفو: لم يثبتْ؛ لإنكاره، وبطلانِ الشهادة، وما أقرَّ به القاتلُ للمشهود عليه من القصاص: فقد بَطَلَ بتكذيبه[٢]؛ بتصديق الشاهد في العفو.

---

(١) من هنا من قوله: «ولكنه يُصرَف....إلىٰ قوله في الصفحة القادمة: كذا هذا»، نحو ثلاثة عشرة سطراً: مثبتٌ في نُسخ كثيرة، وغير مثبتٌ في نُسخٍ أخرىٰ، وكذلك غير مثبتة في طبعات الهداية القديمة، وقد نبَّه شرَّاح الهداية إلىٰ ذلك، ينظر العناية ١٩٧/٩، والبناية ٤٣٧/١٥، قلت: وهذا هو حالُ النُّسَخ التي هي عندي، وقد نقلت نصَّ الزيادة من النسخة السلطانية بتاريخ ١٠٤٠هـ.

(٢) بتكذيب المشهود عليه القاتلَ في إنكاره العفو، يعني لَمَّا صدَّق المشهود عليه الشاهدين: صار تصديقه تكذيباً منه للقاتل في إنكاره العفو بعد. البناية ٤٣٧/١٥.

. . . .

وجهُ الاستحسان: أن القاتلَ بتكذيبه الشاهدَيْن: أقرَّ للمشهود عليه بثُلُثِ الدية؛ لزعمه أن القصاصَ سقط بدعواهما العفوَ عن[١] الغائب[٢]، وانقلب نصيبُه مالاً.

والغائبُ[٣] لَمَّا صدَّق الشاهدَيْن في العفو: فقد زعم أن نصيبَهما انقلب مالاً، فصار مُقِرّاً لهما[٤] بما أقرَّ به القاتلُ[٥] له[٦] وزيادة، فيجوز إقرارُه لهما بما أقرَّ له القاتلُ به.

بمنزلة ما لو أقرَّ[٧] لرجلٍ بألفِ درهمٍ، فقال المقَرُّ له: هذه الألفُ ليست لي، ولكنها لفلانٍ: جاز، وصار الألفُ لفلانٍ، كذا هذا[٨].

وفي «الجامع الصغير[٩]»: أن هذا الثلثَ للشاهدين، لا للمشهود

---

(١) وفي نُسخ: علىٰ.

(٢) وفي نُسخ: الثالث، وفي أخرىٰ: المشهود عليه.

(٣) وفي نُسخ: والمشهود عليه.

(٤) أي للشاهدين.

(٥) وهو ثلث الدية.

(٦) أي للثالث.

(٧) أي أقرَّ رجلٌ لرجلٍ.

(٨) قال العيني ١٥/٤٣٧: حاصله: أن مَن أقرَّ لإنسان بشيءٍ، فأقر المقَرُّ له لغيره: لا يصيرُ رداً للإقرار، ولكن يتحول الحق إلىٰ المقَرِّ له الثاني. اهـ

(٩) هذا النقل عن الجامع الصغير مثبتٌ في نسخٍ، ومنها نسخة برقم ٦٤٤ السليمانية، دون أخرىٰ، ولم أقف عليه في الجامع الصغير المطبوع.

وإذا شَهِدَ الشهودُ أنه ضَرَبَه، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات: فعليه القَوَدُ إذا كان عمداً.

وإذا اختَلَفَ شاهدا القتلِ في الأيامِ، أو في البلدان، أو في الذي كان به القتلُ: فهو باطلٌ.

عليه، وهو الأصح.

قال: (وإذا شَهِدَ الشهودُ أنه ضَرَبَه، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات: فعليه القَوَدُ إذا كان عمداً)؛ لأن الثابتَ بالشهادة: كالثابت معاينةً، وفي ذلك القصاصُ، علىٰ ما بيَّنَّاه[١].

والشهادةُ علىٰ قَتْلِ العمد تتحقَّقُ علىٰ هذا الوجه؛ لأن الموتَ بسبب الضرب إنما يُعرَفُ إذا صار بالضرب صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات.

وتأويلُه: إذا شهدوا أنه ضَرَبَه بشيءٍ جارحٍ.

قال: (وإذا اختَلَفَ شاهدا القتلِ في الأيامِ، أو في البلدان، أو في الذي كان به القتلُ: فهو باطلٌ)؛ لأن القتلَ لا يُعادُ، ولا يُكرَّر، والقتلُ في زمانٍ أو في مكانٍ: غيرُ القتلِ في زمانٍ أو في مكانٍ آخَرَ، والقتلُ بالعصا: غيرُ القتل بالسلاح؛ لأن الثاني: عمدٌ، والأولَ: شبهُ العمد، وتختلفُ أحكامُهما، فكان علىٰ كلِّ قَتْلٍ شهادةُ فَرْدٍ.

---

(١) في القتل العمد.

و إذا قال أحدُهما: قَتَلَه بعصاً، وقال الآخَرُ: لا أدري بأيِّ شيءٍ قَتَلَه: فهو باطلٌ.

وإن شَهِدَا أنه قَتَلَه، وقالا: لا ندري بأيٍّ شيءٍ قَتَلَه: ففيه الديةُ؛ استحساناً.

قال: (و) كذا (إذا قال أحدُهما: قَتَلَه بعصاً، وقال الآخَرُ: لا أدري بأيِّ شيءٍ قَتَلَه: فهو باطلٌ)؛ لأن المطلَقَ يُغايِرُ المقيَّدَ.

قال: (وإن شَهِدَا أنه قَتَلَه، وقالا: لا ندري بأيٍّ شيءٍ قَتَلَه: ففيه الديةُ؛ استحساناً).

والقياسُ: أن لا تُقبَلَ هذه الشهادةُ؛ لأن القتلَ[1] يختلفُ باختلاف الآلة، فجُهِلَ المشهودُ به.

وجهُ الاستحسان: أنهم شهدوا بقَتْلٍ مطلَقٍ، والمطلَقُ ليس بمُجْمَلٍ، فيجب أقلُّ موجَبَيْه، وهو الديةُ.

ولأنه يُحمَلُ إجمالُهم في الشهادة علىٰ إجمالِهم بالمشهود عليه؛ سَتْراً عليه.

وأوَّلُوا كذبَهم في نفي العلم: بظاهر ما وَرَدَ بإطلاقه في إصلاحِ ذاتِ البَيْنِ[2]، وهذا في معناه، فلا يثبتُ الاختلافُ بالشك.

---

(١) وفي نُسخ: الفعل. وكُتب عليها في النُّسخ: أي القتل.

(٢) مثل قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلىٰ، قال: إصلاح ذات البَيْن»: في سنن أبي داود (٤٩١٩)، سنن الترمذي (٢٥٠٩)، وقال: حديث حسن صحيح، وصححه ابن حبان (٥٠٩٢)، الدراية ٢/٢٧٠.

وإذا أقرَّ رجلان كلٌّ واحدٍ منهما أنه قَتَلَ فلاناً، فقال الوليُّ: قتلتُمَاه جميعاً: فله أن يَقتُلَهما جميعاً.

وإن شهدوا علىٰ رجلٍ أنه قَتَلَ فلاناً، وشَهِدَ آخَرون علىٰ آخَرَ بقَتْلِه، وقال الوليُّ: قتلتماه جميعاً: بَطَلَ ذلك كلُّه.

وتجبُ الديةُ في مالِه؛ لأن الأصلَ في الفعل: العمدُ، فلا تلزمُ العاقلةَ.

قال: (وإذا أقرَّ رجلان كلٌّ واحدٍ منهما أنه قَتَلَ فلاناً، فقال الوليُّ: قتلتُمَاه جميعاً: فله أن يَقتُلَهما جميعاً.

وإن شهدوا علىٰ رجلٍ أنه قَتَلَ فلاناً[1]، وشَهِدَ آخَرون علىٰ آخَرَ بقَتْلِه[2]، وقال الوليُّ: قتلتماه جميعاً: بَطَلَ ذلك كلُّه).

والفَرْقُ: أن الإقرارَ والشهادةَ يتناولُ كلُّ واحدٍ منهما وجودَ كلِّ القتلِ، ووجوبَ القصاص، وقد حَصَلَ التكذيبُ في الأوَّل: من المُقَرِّ له، وفي الثانية: من المشهود له، غيرَ أنَّ تكذيبَ المُقَرِّ له المُقِرَّ في بعضِ ما أقرَّ به: لا يُبطِلُ إقرارَه في الباقي.

وتكذيبُ المشهودِ له الشاهدَ في بعضِ ما شَهِدَ به: يُبطِلُ شهادتَه أصلاً؛ لأن التكذيبَ تفسيقٌ، وفِسْقُ الشاهدِ يَمنَعُ القبولَ، أما فِسْقُ المُقِرِّ: لا يمنعُ صحةَ الإقرار، فافترقا، والله سبحانه وتعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسَخ: أنه قَتَلَه.

(٢) وفي نُسخ: أنه قتلَه.

بابٌ
في اعتبار حالة القتل

ومَن رمىٰ سهماً مسلماً، فارتدَّ المَرْميُّ إليه، والعياذُ بالله، ثم وَقَعَ به السهمُ: فعلىٰ الرامي الديةُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا شيءَ عليه.

بابٌ
في اعتبار حالة القتل

قال: (ومَن رمىٰ سهماً[1] مسلماً، فارتدَّ المَرْميُّ إليه، والعياذُ بالله، ثم وَقَعَ به السهمُ: فعلىٰ الرامي الديةُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا شيءَ عليه)؛ لأنه بالارتداد: أسقطَ تقوُّمَ نفسِه، فيكونُ مُبَرِّئاً الراميَ عن موجَبِه، كما إذا أبرأه بعد الجَرْحِ قبل الموت.

وله: أن الضمانَ يجبُ بفعله، وهو الرميُ، إذْ لا فعلَ منه بعده، فتُعتَبَرُ حالةُ الرمي، والمَرْميُّ إليه فيها متقوِّمٌ، ولهذا تُعتبرُ حالةُ الرمي في حَقِّ الحِلِّ، حتىٰ لا يَحْرُمُ[2] بردَّة الرامي بعد الرمي.

---

(١) لفظ: سهماً: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٢) أي الصيد.

ولو رمىٰ إليه وهو مرتدٌّ، فأسلم، ثم وَقَعَ به السهمُ: فلا شيءَ عليه، في قولهم جميعاً، وكذا إذا رمىٰ حربياً، ثم أسلم.

وإن رمىٰ عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وَقَعَ السهمُ به، ومات: فعليه قيمتُه للمولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه فَضْلُ ما بين قيمتِه مَرْمِيًّاً إلىٰ غيرِ مَرْمِيٍّ.

وكذا في حقِّ التكفير[1]، حتىٰ جاز[2] بعد الجَرْحِ قبلَ الموت.

والفعلُ وإن كان عمداً: فالقَوَدُ يسقطُ للشبهة، ووجبتِ الديةُ.

قال: (ولو رمىٰ إليه وهو مرتدٌّ، فأسلم، ثم وَقَعَ به السهمُ: فلا شيءَ عليه، في قولهم جميعاً.

وكذا إذا رمىٰ حربياً، ثم أسلم)؛ لأن الرميَ ما انعقَدَ موجِباً للضمان؛ لعدم تقوُّمِ المَحَلِّ، فلا يَنقلِبُ موجِباً؛ لصيرورته متقوِّماً بعد ذلك.

قال: (وإن رمىٰ عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وَقَعَ السهمُ به، ومات: فعليه قيمتُه للمولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه فَضْلُ ما بين قيمتِه مَرْمِيًّاً إلىٰ غيرِ مَرْمِيٍّ).

وقولُ أبي يوسف رحمه الله مع قولِ أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) وفي نُسخ: حالة التكفير. أي لو كانت الجناية خطأً، فكفَّر بعد الرمي قبل الإصابة، أو بعد الجرح قبل الموت: صحَّ تكفيره؛ لأن الاعتبار بحالة الفعل. البناية ١٥/٤٤٢.

(٢) أي التكفير.

ومَن قُضِيَ عليه بالرَّجْم، فرماه رجلٌ، ثم رَجَعَ أحدُ الشهود، ثم وَقَعَ به السهمُ: فلا شيءَ علىٰ الرامي.

له: أن العِتْقَ قاطِعٌ للسِّراية، وإذا انقطعتْ: بقِيَ مجرَّدُ الرمي، وهو جنايةٌ تنتَقِصُ بها قيمةُ المَرْميِّ إليه بالإضافة إلىٰ ما قبلَ الرمي، فيجبُ ذلك.

ولهما: أنه يصيرُ قاتلاً من وقت الرمي؛ لأن فِعْلَه الرميُ، وهو مملوكٌ في تلك الحالة، فتجبُ قيمتُه.

بخلاف القطعِ والجَرْحِ؛ لأنه إتلافُ بعضِ المَحَلِّ، وأنه يوجِبُ الضمانَ للمولىٰ، وبعدَ السراية لو وَجَبَ شيءٌ: لوَجَبَ للعبد، فتصير النهايةُ مخالِفةً للبداية.

أما الرميُ قبلَ الإصابة: ليس بإتلافِ شيءٍ منه؛ لأنه لا أَثَرَ له في المَحَلِّ، وإنما قلَّتِ الرَّغَبَاتُ فيه، فلا يجبُ به ضمانٌ، فلا تتخالَفُ النهايةُ والبدايةُ، فتجبُ قيمتُه للمولىٰ.

وزفرُ رحمه الله وإن كان يُخالِفُنا في حقِّ وجوبِ القيمةِ؛ نظراً إلىٰ حالة الإصابة: فالحُجَّةُ عليه ما حقَّقْناه.

قال: (ومَن قُضِيَ عليه بالرَّجْم، فرماه رجلٌ، ثم رَجَعَ أحدُ الشهود، ثم وَقَعَ به السهمُ[1]: فلا شيءَ علىٰ الرامي)؛ لأنَّ المعتبرَ حالةُ الرمي، وهو مباحُ الدم فيها.

---

(١) بيَّن النُّسَّاخُ هنا: أن هناك نُسخاً أخرىٰ أُثبت فيها: الحَجَر: بدل: السهم. قلت: لفظ: السهم: هو الصواب، والله أعلم.

وإذا رمىٰ المجوسيُّ صيداً، ثم أسلم، ثم وقعتِ الرَّمْيةُ بالصيد: لم يُؤكَلْ.

وإن رماه وهو مسلمٌ، ثم تمجَّسَ، والعياذُ بالله: يَحِلُّ أكْلُه.

ولو رمىٰ المُحْرِمُ صيداً، ثم حَلَّ، فوقعتِ الرَّمْيةُ بالصيد: فعليه الجزاءُ.

وإن رمىٰ حلالٌ صيداً، ثم أحرم: فلا شيءَ عليه.

قال: (وإذا رمىٰ المجوسيُّ صيداً، ثم أسلم، ثم وقعتِ الرَّمْيةُ[1] بالصيد: لم يُؤكَلْ.

وإن رماه وهو مسلمٌ، ثم تمجَّسَ، والعياذُ بالله: يَحِلُّ أكْلُه)؛ لأن المعتبرَ حالةُ الرمي في حقِّ الحِلِّ والحُرمةِ، إذِ الرميُ هو الذَّكاةُ، فتُعتبرُ الأهليةُ، وانسلابُها عنده[2].

قال: (ولو رمىٰ المُحْرِمُ صيداً، ثم حَلَّ، فوقعتِ الرَّمْيةُ بالصيد: فعليه الجزاءُ.

وإن رمىٰ حلالٌ صيداً، ثم أحرم: فلا شيءَ عليه)؛ لأن الضمانَ إنما يجبُ بالتعدي، وهو رَمْيُه في حالة الإحرام، وفي الأول: هو مُحْرِمٌ وقتَ الرمي، وفي الثاني: حلالٌ، فلهذا افترقا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وضُبطت في نُسخ: الرِّمية. بكسر الراء، وجاء في نُسخ: السهم.

(٢) أي عند الرمي.

كتاب الديات

وفي شِبْهِ العمد: ديةٌ مغلَّظةٌ، علىٰ العاقلةِ، وكفَّارةٌ علىٰ القاتل.
وكَفَّارتُه: عِتْقُ رقبةٍ مؤمنةٍ.

فإن لم يَجِدْ: فصيامُ شهرَيْن متتابِعَيْن.

ولا يُجزِئُ فيه الإطعامُ.

كتاب الديات

قال: (وفي شِبْهِ العمد: ديةٌ[1] مغلَّظةٌ، علىٰ العاقلةِ، وكفَّارةٌ علىٰ القاتل)، وقد بيَّنَّاه في أول الجنايات.

قال: (وكَفَّارتُه: عِتْقُ رقبةٍ مؤمنةٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾. الآية. النساء/٩٢، قيَّدها بوصف الإيمان.

(فإن لم يَجِدْ: فصيامُ شهرَيْن متتابِعَيْن)؛ بهذا النصِّ.

قال: (ولا يُجزِئُ فيه[2] الإطعامُ)؛ لأنه لم يَرِدْ به نصٌّ، والمقاديرُ تُعرَفُ بالتوقيف[3].

---

(١) الدية: هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف منها. حاشية سعدي.

(٢) أي في شبه العمد.

(٣) وفي نسخة سعدي: بالتقدير والتوقيف.

ويُجزئه رضيعٌ أحدُ أبويه مسلمٌ، ولا يجزئُه ما في البطن.

وهو الكفارةُ في الخطأ.

وديتُه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: مائةٌ من الإبل.....

ولأنه جَعَلَ المَذكورَ بالتوقيف كلَّ الواجب بحرف الفاء.

أو لكونه[١] كلَّ المذكور رجوعاً إلىٰ حرف الفاء، علىٰ ما عُرِفَ[٢].

قال: (ويُجزئه[٣] رضيعٌ[٤] أحدُ أبويه مسلمٌ)؛ لأنه مسلِمٌ به.

والظاهرُ: سلامةُ أطرافه.

(ولا يجزئُه ما في البطن)؛ لأنه لا تُعرَفُ حياتُه، ولا سلامتُه.

قال: (وهو[٥] الكفارةُ في الخطأ)؛ لِمَا تلوناه.

قال: (وديتُه[٦] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: مائةٌ من الإبل

---

(١) أي التحرير والصيام. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، وهو ما صححه قاضي زاده في تتمته لشرح الهداية نتائج الأفكار ٢٠٦/٩، وردَّ علىٰ مَن قال: أي الصيام، وهو صاحب العناية، وتبعه العيني في البناية ٤/١٦.

(٢) في علم أصول الفقه. البناية ٤/١٦. وفي حاشية نسخة ٧٤٢هـ: علىٰ طريقة الخلاف.

(٣) أي في الرقبة الكفارة.

(٤) أي عبدٌ رضيعٌ.

(٥) أي تحرير رقبة مؤمنة: هو الكفارة في الخطأ. البناية ٤/١٦.

(٦) أي دية شبه العمد.

أرباعاً: خمسٌ وعشرون بنتَ مَخَاضٍ، وخمسٌ وعشرون بنتَ لَبُون، وخمسٌ وعشرون حِقَّةً، وخمسٌ وعشرون جَذَعَةً.

وقال محمدٌ: أثلاثاً: ثلاثون جَذَعَةً، وثلاثون حِقَّةً، وأربعون ثَنِيَّةً، كلُّها خَلِفَاتٌ في بطونِها أولادُها.

أرباعاً: خمسٌ وعشرون بنتَ مَخَاضٍ، وخمسٌ وعشرون بنتَ لَبُون، وخمسٌ وعشرون حِقَّةً، وخمسٌ وعشرون جَذَعَةً.

وقال محمدٌ) والشافعيُّ[1] رحمهما الله: (أثلاثاً: ثلاثون جَذَعَةً، وثلاثون حِقَّةً، وأربعون ثَنِيَّةً[2]، كلُّها خَلِفَاتٌ[3] في بطونِها أولادُها).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألاَ إنَّ قتيلَ خطأِ العمد: قتيلُ السَّوْطِ والعصا، وفيه مائةٌ من الإبل، أربعونَ منها في بطونِها أولادُها»[4].

وعن عمر وزيدٍ رضي الله عنهما: ثلاثونَ حِقَّةً، وثلاثونَ جَذَعَةً[5].

ولأن ديةَ شبهِ العمدِ أغلظُ من دية الخطأ، وذلك فيما قلنا.

---

(١) التنبيه ١/٢٢٢.

(٢) التي طعنت في السنة السادسة. البناية ١٦/٥.

(٣) أي حوامِل.

(٤) سنن أبي داود (٤٥٨٨)، سنن ابن ماجه (٢٦٢٧)، وصححه ابن حبان (٦٠١١)، الدراية ٢/٢٦١.

(٥) عن عمر رضي الله عنه: في سنن أبي داود (٤٥٥٠)، وغيره، وهو منقطع، وعن زيد رضي الله عنه: في أبي داود (٥٤٤٥)، وغيره، وينظر نصب الراية ٤/٣٥٧، التعريف والإخبار ٤/٩٤.

ولا يثبتُ التغليظُ إلا في الإبل خاصةً.

فإنْ قُضِيَ بالدية في غير الإبل : لم تتغلَّظ.

وفي قَتْلِ الخطأِ : تجبُ به الديةُ علىٰ العاقلة، والكفَّارةُ علىٰ القاتل.

ولهما: قولُه عليه الصلاة والسلام: «في نَفْسِ المؤمنِ: مائةٌ من الإبل»[١].

وما روياه: غيرُ ثابتٍ؛ لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفةِ التغليظ.

وابنُ مسعودٍ رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعاً[٢]، كما ذَكَرْنا، وهو كالمرفوع[٣]، فيُعارَضُ به[٤].

قال: (ولا يثبتُ التغليظُ إلا في الإبل خاصةً)؛ لأنَّ التوقيفَ فيه.

قال: (فإنْ قُضِيَ بالدية في غير الإبل: لم تتغلَّظ)؛ لِمَا قلنا.

قال: (وفي قَتْلِ الخطأِ: تجبُ به الديةُ علىٰ العاقلة، والكفَّارةُ علىٰ القاتل)؛ لِمَا بيَّنَّا من قبلُ.

---

(١) صحيح ابن حبان في كتاب عمرو بن حزم (٦٥٥٩) بلفظ: «وإن في النفس الدية: مائة من الإبل»، نصب الراية ٣٥٧/٤.

(٢) ينظر الدراية ٢٧١/٢.

(٣) لأن الرأي لا مدخل له في المقادير.

(٤) وإذا تعارضا: كان الأخذ بالمتيقَّن أَوْلىٰ. حاشية سعدي، فيثبتُ الأقل، وتسقط الزيادة. حاشية نسخة ٧٤٢هـ.

والديةُ في الخطأِ: مائةٌ من الإبل أخماساً: عشرونَ بنتَ مَخَاضٍ، وعشرونَ بنتَ لَبُونٍ، وعشرونَ ابنَ مَخَاضٍ، وعشرونَ حِقَّةً، وعشرونَ جَذَعَةً.

ومِن العَيْنِ: ألفُ دينارٍ، ومِن الوَرِقِ: عشرةُ آلاف درهمٍ.

قال: (والديةُ في الخطأِ: مائةٌ من الإبل أخماساً: عشرونَ بنتَ مَخَاضٍ، وعشرونَ بنتَ لَبُونٍ، وعشرونَ ابنَ مَخَاضٍ، وعشرونَ حِقَّةً، وعشرونَ جَذَعَةً).

وهذا قولُ ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه[1]، وإنما أَخَذْنا نحنُ والشافعيُّ[2] رحمه الله به؛ لروايته أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ في قتيلٍ قُتِلَ خطأً أخماساً[3]، علىٰ نحو ما قال ابنُ مسعود رضي الله عنه[4].

ولأنَّ ما قلناه: أخفُّ، فكان أليقَ بحالة الخطأِ؛ لأنَّ الخاطئَ معذورٌ.

غيرَ أنَّ عند الشافعيِّ رحمه الله يُقضىٰ بعشرين ابنَ لبونٍ: مكانَ: ابنِ مخاضٍ، والحُجَّةُ عليه ما رويناه[5].

قال: (ومِن العَيْنِ[6]: ألفُ دينارٍ، ومِن الوَرِقِ: عشرةُ آلاف درهمٍ).

---

(١) المصنف لابن أبي شيبة (٢٦٧٤٩)، وإسناده حسن، ورواته ثقات كما في التعريف والإخبار ٤/٩٥.

(٢) التنبيه ١/٢٢٢.

(٣) سنن أبي داود (٤٥٤٥)، سنن الترمذي (١٣٨٦)، سنن ابن ماجه (٢٦٣١).

(٤) وفي نُسخ: نحو ما قلنا.

(٥) وفي نُسخ: ما ذكرناه.

(٦) أي من الذهب.

ولا تَثبتُ الديةُ إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقالا: منها، ومن البقر: مائتا بقرةٍ، ومن الغنم: ألفا شاةٍ، ومن. . .

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: من الوَرِقِ اثنا عشرَ ألفاً؛ لِمَا روىٰ ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قضىٰ بذلك[2].

ولنا: ما رُوي عن عمرَ رضي الله عنه أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قضىٰ بالديةِ في قتيلٍ بعشرةِ آلافِ درهمٍ[3].

وتأويل ما روىٰ[4]: أنه قضىٰ من دراهمَ كان وزنُها وزنَ ستةٍ، وقد كانت كذلك[5].

قال: (ولا تَثبتُ الديةُ إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقالا: منها، ومن البقر: مائتا بقرةٍ، ومن الغنم: ألفا شاةٍ، ومن

---

(١) البيان للعمراني ١١/٤٨٩.

(٢) سنن أبي داود (٤٥٤٦)، سنن الترمذي (١٣٨٨).

(٣) قال في الدراية ٢/٢٧٣: لم أجده، وإنما أخرجه محمد بن الحسن في الآثار موقوفاً علىٰ عمر رضي الله عنه.

(٤) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٥) أي وقد كانت الدراهم وزنَ ستةِ مثاقيل إلىٰ عهد عمر رضي الله عنه، ثم صارت وزن سبعة.

الحُلَلِ : مائتا حُلَّةٍ، كلُّ حُلَّةٍ ثوبان، إزارٌ ورِداءٌ.

وديةُ المرأةِ : علىٰ النصفِ من ديةِ الرَّجُل.

الحُلَلِ: مائتا حُلَّةٍ، كلُّ حُلَّةٍ ثوبان، إزارٌ ورِداءٌ).

لِأن عمرَ رضي الله عنه هكذا جَعَلَ علىٰ أهلِ كلِّ مالٍ منها[1].

وله: أنَّ التقديرَ إنما يستقيمُ بشيءٍ معلومِ الماليةِ، وهذه الأشياءُ مجهولةُ الماليةِ، ولهذا لا يُقدَّرُ بها ضمانٌ.

والتقديرُ بالإبل عُرِفَ بالآثار المشهورة، وعَدِمْناها في غيرها.

وذَكَرَ في المَعاقِل[2]: أنه لو صالَحَ علىٰ الزيادة علىٰ مائتي حُلَّةٍ، أو مائتي بقرةٍ: لا يجوز، وهذا[3] آيةُ التقدير بذلك.

ثم قيل: هو قولُ الكلِّ، فيرتفعُ الخلافُ[4]، وقيل: هو قولُهما خاصةً.

قال: (وديةُ المرأةِ: علىٰ النصفِ من ديةِ الرَّجُل).

---

(١) رُوي موقوفاً علىٰ عمر رضي الله عنه، كما في الآثار لمحمد ص ١٢٠، وسنن أبي داود (٤٥٣٠)، وسكت عنه هو والمنذري في تهذيبه ٦/٣٤٨، ورواه أبو داود أيضاً (٤٥٣١) مرفوعاً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم من طريقٍ مرسل، وآخَرَ موصولاً، وفيه كلام، وينظر نصب الراية ٤/٣٦٢.

(٢) أي من كتاب الأصل للإمام محمد رحمه الله.

(٣) أي هذا الصلح.

(٤) بين الإمام وصاحبيه رحمهم الله.

ودِيةُ المسلمِ والذميِّ: سواءٌ.

وقد وَرَدَ هذا اللفظُ موقوفاً علىٰ عليٍّ رضي الله عنه، ومرفوعاً إلىٰ النبي عليه الصلاة والسلام[(١)].

وقال الشافعي[(٢)] رحمه الله: ما دون الثلث: لا يتنصَّفُ، وإمامُه فيه زيدُ بنُ ثابتٍ رضي الله عنه[(٣)].

والحُجَّةُ عليه ما رويناه بعمومه.

ولأن حالَها أنقصُ من حال الرجل، ومنفعتَها أقلُّ، وقد ظَهَرَ أثرُ النقصانِ بالتنصيف في النفس، فكذا في أطرافها وأجزائها؛ اعتباراً بها، وبالثلث[(٤)]، وما فوقَه.

قال: (ودِيةُ المسلمِ والذميِّ: سواءٌ).

وقال الشافعي[(٥)] رحمه الله: ديةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ: أربعةُ آلاف درهم، وديةُ المجوسيِّ: ثمانُمائة درهم.

---

(١) مرفوعاً عند البيهقي في سننه (١٦٣٠٥)، وتنظر الموقوفات في الدراية ٢٧٤/٢، التعريف والإخبار ١٠٠/٤.

(٢) المهذب ٣٣٩/٣.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٤٩٧).

(٤) أي واعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه؛ لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل.

(٥) الحاوي الكبير ٣١٠/١٢.

. . . .

وقال مالكٌ[١] رحمه الله: ديةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ: ستةُ آلاف درهم.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَقْلُ الكافرِ: نصفُ عقلِ المسلم»[٢]، والكلُّ عندَه: اثنا عشر ألفاً.

وللشافعي رحمه الله: ما رُوي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام جَعَلَ ديةَ اليهوديِّ والنصرانيِّ أربعةَ آلاف درهم، وديةَ المجوسيِّ ثمانِمائةِ درهم[٣].

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهده: ألفُ دينار»[٤].

وبذلك قضىٰ أبو بكرٍ، وعمرُ رضي الله عنهما[٥].

---

(١) ينظر التلقين ص١٤٧، شرح الخرشي علىٰ خليل ٨/٣٢.

(٢) سنن الترمذي (١٤١٣)، وقال: حديث حسنٌ، سنن أبي داود (٤٥٨٣)، سنن ابن ماجه (٢٦٤٤)، سنن النسائي (٤٨٠٧).

(٣) مرسلاً في مصنف عبد الرزاق (١٨٤٧٤)، سنن الدارقطني (٣٢٨٦)، الدراية ٢/٢٧٤.

(٤) المراسيل لأبي داود (٢٦٤)، وذكر في نصب الراية ٤/٣٦٦ أحاديث كثيرة بمعنىٰ هذا الحديث، وقال في الجوهر النقي ٨/١٠٣: وقد تأيَّد هذا المرسل بمرسَلَيْن صحيحَيْن، وبعدة أحاديث مسنَدة وإن كان فيها كلامٌ، وبمذاهب جماعةٍ كثيرةٍ من الصحابة، ومَن بعدهم. اهـ.

(٥) وفي نُسخ: وبذلك قضىٰ العُمَران، وفي أخرىٰ: وكذلك. الآثار لمحمد ص ١٢٨، مصنف عبد الرزاق (١٨٤٩١)، سنن البيهقي ٨/١٠٢، نصب الراية ٤/٣٦٨.

. . . .

وما رواه الشافعي رحمه الله: لم تُعرَفْ رُواتُه، ولم يُذكَرْ في كُتُبِ الحديث[١].

وما رويناه: أشهرُ مما رواه مالكٌ رحمه الله، فإنه ظَهَرَ به عملُ الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) قال العيني في البناية ١٧/١٦: فيه نظرٌ؛ لأنا ذكرنا أن عبدَ الرزاق أخرجه، ورواه الدارقطني في سننه، وينظر الدراية ٢/٢٧٥.

فصلٌ

فيما دون النَّفْس

وفي النَّفْسِ : الديةُ، وفي المَارِنِ : الديةُ.

وفي اللسانِ : الديةُ، وفي الذَّكَر : الديةُ .

فصلٌ

فيما دون النَّفْس

قال: (وفي النَّفْسِ: الديةُ)، وقد ذكرناه.

قال: (وفي المَارِنِ: الديةُ.

وفي اللسانِ: الديةُ.

وفي الذَّكَر: الديةُ).

والأصلُ فيه[1]: ما روىٰ سعيدُ بن المسيَّبِ رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «في النفس: الديةُ، وفي اللسانِ: الديةُ، وفي المَارِن: الديةُ»[2].

وهكذا هو في الكتاب الذي كَتَبَه رسولُ الله عليه الصلاة والسلام

---

(١) أي في هذا الباب.

(٢) قال في نصب الراية ٣٦٩/٤: غريبٌ، وفي الدراية ٢٧٦/٢: لم أجده.

. . . .

لعَمْرو بن حَزْم رضي الله عنه[١].

والأصلُ في الأطراف: أنه إذا فَوَّتَ جنسَ منفعةٍ مقصودةٍ علىٰ الكمال، أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدميِّ علىٰ الكمال: تجبُ كلُّ الدية؛ لإتلافِه النفسَ من وجهٍ، وهو مُلْحَقٌ بالإتلاف من كلِّ وجهٍ؛ تعظيماً للآدمي.

أصلُه: قضاءُ رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم بالدية كلِّها في اللسان، والأنفِ، وعلىٰ هذا تَنسَحِبُ فروعٌ كثيرةٌ، فنقول:

في الأنف: الديةُ؛ لأنه أزال الجمالَ علىٰ الكمال، وهو مقصودٌ.

وكذا إذا قَطَعَ المارِنَ من الأنف، أو الأَرْنبةَ؛ لِمَا ذَكَرْنا.

ولو قَطَعَ المارِنَ مع القَصَبَة: لا يُزادُ علىٰ ديةٍ واحدةٍ؛ لأنه عضوٌ واحدٌ.

وكذا اللسانُ؛ لفَوَات منفعةٍ مقصودةٍ، وهي النُّطْق.

وكذا في قَطْعِ بعضِه إذا مَنَعَ الكلامَ؛ لتفويت منفعةٍ مقصودةٍ وإن كانت الآلةُ قائمةً.

ولو قَدَرَ علىٰ التكلُّم ببعضِ الحروف: قيل: تُقسَمُ علىٰ عددِ الحروف.

وقيل: علىٰ عددِ حروفٍ تتعلَّقُ باللسان؛ فبقَدْر ما لا يَقْدِر: تجبُ.

وقيل: إن قَدَرَ علىٰ أداء أكثرِها: تجبُ حُكومةُ عَدْلٍ؛ لحصول الإفهامِ مع الاختلال.

---

(١) سنن النسائي (٤٨٥٣)، وصححه ابن حبان (٦٥٥٩).

وفي الحَشَفَةِ : الديةُ.

وفي العقلِ إذا ذَهَبَ بالضرب : الديةُ.

وكذا إذا ذَهَبَ سمعُه، أو بصرُه، أو شَمُّه، أو ذَوْقُه.

وإن عَجزَ عن أداء الأكثر: يجبُ كلُّ الدية؛ لأن الظاهرَ أنه لا تحصلُ منفعةُ الكلام.

وكذا الذَّكَر؛ لأنه تَفُوْتُ به منفعةُ الوطء، والإيلادِ، واستمساكِ البولِ، والرمي به، ودَفْقِ الماء، والإيلاجِ الذي هو طريقُ الإعلاق عادةً[1].

قال: (و) كذا (في الحَشَفَةِ: الديةُ) كاملةً، لأن الحشفةَ أصلٌ في منفعة الإيلاج، والدَّفْقِ، والقَصَبَةُ: كالتابع لها[2].

قال: (وفي العقلِ إذا ذَهَبَ بالضرب: الديةُ)؛ لفوات منفعةِ الإدراك، إذْ به يَنتفعُ بنفسِه في معاشِه ومَعادِه.

قال: (وكذا إذا ذَهَبَ سمعُه، أو بصرُه، أو شَمُّه، أو ذَوْقُه)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها منفعةٌ مقصودةٌ.

وقد رُوي أن عمرَ رضي الله عنه قضىٰ بأربعِ دياتٍ في ضربةٍ واحدةٍ ذَهَبَ بها العقلُ، والكلامُ، والسمعُ، والبصرُ[3].

---

(١) قيَّد بالعادة: لأنه قد يحصل الإعلاق بالسحق أيضاً، إلا أنه خلاف العادة. البناية ٢٣/١٦.

(٢) أي للحشفة، وفي نُسخ: له. وفي البناية ٢٣/١٦: والتذكير باعتبار المذكور.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٨١٣٨)، سنن البيهقي ٨٦/٨، نصب الراية ٣٧١/٤.

وفي اللِّحْية إذا حُلِقَتْ فلم تَنبُتْ : الديةُ.

وفي شَعْرِ الرأسِ : الديةُ.

قال: (وفي اللِّحْية إذا حُلِقَتْ فلم تَنبُتْ: الديةُ)؛ لأنه تفوتُ به منفعةُ الجمال.

قال: (وفي شَعْرِ الرأسِ: الديةُ)؛ لِمَا قلنا.

وقال مالكٌ[(١)] رحمه الله، وهو قولُ الشافعيِّ[(٢)] رحمه الله: تجبُ فيهما[(٣)] حُكومةُ عَدْلٍ؛ لأنَّ ذلك زيادةٌ في الآدمي، ولهذا يُحلَقُ شعرُ الرأسِ كلُّه، واللحيةُ بعضُها[(٤)] في بعضِ البلادِ.

وصار[(٥)] كشعر الصَّدْر والساق، ولهذا يجبُ في شعرِ العبدِ نقصانُ القيمة.

ولنا: أن اللِّحيةَ في وقتِها: جمالٌ، وفي حلقِها: تفويتُه على الكمال، فتجبُ الديةُ، كما في الأُذُنَيْن الشاخِصَتَيْن[(٦)].

وكذا شعرُ الرأسِ جمالٌ؛ ألا ترىٰ أنَّ مَن عَدِمَه خِلقةً: يَتكلَّفُ في سَتْره. بخلاف شعرِ الصدرِ والساق؛ لأنه لا يتعلَّقُ به جمالٌ.

---

(١) التلقين ص١٤٩.

(٢) الحاوي الكبير ١٢/١٧٢.

(٣) أي في اللحية، وشعر الرأس.

(٤) أي يحلق بعض اللحية.

(٥) أي صار حكم هذا.

(٦) أي القائمتَيْن المرتفعتَيْن.

وفي الشاربِ: حُكومةُ عَدْلٍ، هو الأصحُّ.

ولِحيةُ الكَوْسَجِ: إن كان علىٰ ذَقَنِه شعراتٌ معدودةٌ: فلا شيءَ في حَلْقِه، وإن كان متصلاً: ففيه كمالُ الدية.

وأما لِحيةُ العبد: فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجبُ فيها كمالُ القيمة.

والتخريجُ علىٰ الظاهر[1]: أن المقصودَ بالعبد: المنفعةُ بالاستعمال، دون الجَمَالِ، بخلاف الحُرِّ.

قال: (وفي الشاربِ: حُكومةُ عَدْلٍ، هو الأصحُّ)؛ لأنه تابعٌ لِلِّحية، فصار كبعض أطرافها.

قال: (ولِحيةُ الكَوْسَجِ[2]: إن كان علىٰ ذَقَنِه شعراتٌ معدودةٌ: فلا شيءَ في حَلْقِه)؛ لأن وجودَه يَشِينُه، ولا يَزِينُه.

وإن كان[3] أكثرَ من ذلك، وكان علىٰ الخَدِّ والذَّقَنِ جميعاً، لكنه[4] غيرُ متصلٍ: ففيه حُكومةُ عَدْلٍ؛ لأن فيه بعضَ الجَمَال.

(وإن كان[5] متصلاً: ففيه كمالُ الدية)؛ لأنه ليس بكَوْسَجٍ، وفيه معنىٰ الجمالُ.

---

(١) أي ظاهر الرواية.

(٢) الكوسج: مَن كانت لحيته علىٰ ذقنه، دون عارضيه.

(٣) أي وإن كان علىٰ ذقنه أكثر من الشعرات المعدودات.

(٤) أي الشعر.

(٥) أي شعر اللحية.

وفي الحاجِبَيْن : الديةُ .

وفي العينَيْن : الديةُ، وفي اليدين : الديةُ، وفي الرِّجْلَيْن : الديةُ، وفي الشفتَيْن : الديةُ، وفي الأُذُنَيْن : الديةُ، وفي الأُنْثَيَيْن : الديةُ .

وهذا كله إذا أفْسَدَ المَنبِتُ، فإن نَبَتَتْ حتىٰ استوىٰ كما كان: لا يجبُ شيءٌ؛ لأنه لم يَبقَ أثرُ الجناية، ويُؤدَّبُ علىٰ ارتكابه ما لا يَحِلُّ.

وإن نَبَتَتْ بيضاءَ: فعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجبُ شيءٌ في الحُرِّ؛ لأنه يزيدُه جمالاً.

وفي العبد: تجبُ حكومةُ عَدْلٍ؛ لأنه تَنقُصُ قيمتُه.

وعندهما: تجبُ حكومةُ عَدْلٍ في الحُرِّ أيضاً؛ لأنه في غير أوانِه: يَشِيْنُه، ولا يَزِيْنُه.

ويستوي العمدُ والخطأُ، علىٰ هذا الجمهور[1].

قال: (وفي الحاجِبَيْن: الديةُ)، وفي أحدِهما: نصفُ الدية.

وعند مالكٍ[2] والشافعي[3] رحمهما الله: تجبُ حكومةُ عَدْلٍ، وقد مرَّ الكلامُ فيه في اللحية.

قال: (وفي العينَيْن: الديةُ، وفي اليدين: الديةُ، وفي الرِّجْلَيْن: الديةُ، وفي الشفتَيْن: الديةُ، وفي الأُذُنَيْن: الديةُ، وفي الأُنْثَيَيْن: الديةُ).

---

(١) أي جمهور الحنفية، ما عدا رواية النوادر.

(٢) التلقين ص١٤٩.

(٣) الحاوي الكبير ١٢/١٧٢.

وفي كلٍّ واحدٍ من هذه الأشياء : نصفُ الدية.

وفي ثَدْيَي المرأةِ : الديةُ.

وفي إحداهما : نصفُ ديةِ المرأة.

كذا رُوي في حديث سعيدِ بن المسيَّب رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام[1].

قال: (وفي كلٍّ واحدٍ من هذه الأشياء: نصفُ الدية).

وفيما كَتَبَه النبيُّ عليه الصلاة والسلام لعَمْرو بن حَزْمٍ رضي الله عنه: «وفي العينَيْن: الديةُ، وفي إحداهما: نصفُ الدية»[2].

ولأنَّ في تفويت الاثنينِ من هذه الأشياء: تفويتَ جنسِ المنفعة، أو كمالِ الجمال: فيجب كمالُ[3] الدية، وفي تفويتِ أحدهما: تفويتُ النصفِ: فيجب نصفُ الدية.

قال: (وفي ثَدْيَي المرأةِ: الديةُ)؛ لِمَا فيه من تفويتِ جنسِ المنفعة.

(وفي إحداهما: نصفُ ديةِ المرأة)؛ لِمَا بيَّنَّا.

بخلاف ثديي الرجلِ، حيثُ تجبُ حكومةُ عدلٍ؛ لأنه ليس فيه تفويتُ جنس المنفعة والجمال.

---

(١) تقدم قريباً في كتاب عمرو بن حزم، وقد صححه ابن حبان (٦٥٥٩).

(٢) ينظر الحاشية السابقة.

(٣) وفي نُسخ: كل.

وفي حَلَمَتَيِ المرأة : الديةُ كاملةً .

وفي إحداهما : نصفُها .

وفي أشفار العَيْنَيْن : الديةُ، وفي إحداها : رُبُعُ الدية .

قال: (وفي حَلَمَتَيِ المرأة: الديةُ كاملةً)؛ لفوات جنسِ منفعة الإرضاع، وإمساكِ اللبن.

(وفي إحداهما: نصفُها)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (وفي أشفار العَيْنَيْن: الديةُ، وفي إحداها: رُبُعُ الدية).

قال رضي الله عنه: يحتملُ أن مرادَه[1]: الأهدابُ، مجازاً، كما ذَكَرَ محمدٌ رحمه الله في «الأصل»؛ للمجاورة، كالراوية: للقِرْبة، وهي حقيقةً في البعير.

وهذا لأنه يُفوِّتُ الجمالَ علىٰ الكمال، وجنسَ المنفعة، وهي منفعةُ دَفْعِ القَذَىٰ والأذىٰ عن العينِ، إذ هو يَندفِعُ بالهُدْب.

وإذا كان الواجبُ في الكلِّ: كلُّ الدية، وهي أربعةٌ، كان في إحداها: رُبُعُ الدية، وفي ثلاثةٍ منها: ثلاثةُ أرباع الدية.

ويحتمل أن يكونَ مرادُه[2]: مَنْبِتَ الشَّعْر، والحُكمُ فيه هكذا.

---

(١) أي مراد القدوري رحمه الله.

(٢) أي القدوري رحمه الله.

ولو قَطَعَ الجُفُونَ بأهدابها : ففيها ديةٌ واحدةٌ.

وفي كلِّ أُصْبَعٍ من أصابع اليدَيْنِ أو الرِّجْلَيْن : عُشرُ الدية.

والأصابعُ كلُّها : سواءٌ.

قال: (ولو قَطَعَ الجُفُونَ بأهدابها: ففيها[1] ديةٌ واحدةٌ)؛ لأنَّ الكلَّ كشيءٍ واحدٍ، وصار كالمَارِنِ مع القَصَبَة، وكالكفِّ مع الأصبع.

قال: (وفي كلِّ أُصْبَعٍ من أصابع اليدَيْنِ أو الرِّجْلَيْن: عُشرُ الدية)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «في كلِّ أصبعٍ: عَشْرٌ من الإبل»[2].

ولأنَّ في قَطْعِ الكلِّ تفويتَ جنسِ المنفعة، وفيه: ديةٌ كاملةٌ، وهي عَشْرٌ، فتنقسمُ الديةُ عليها أعشاراً.

قال: (والأصابعُ كلُّها: سواءٌ)؛ لإطلاقِ الحديث.

ولأنها سواءٌ في أصل المنفعة، فلا تُعتبرُ الزيادةُ فيه، كاليمين مع الشمال.

وكذا أصابعُ الرِّجْلَيْن؛ لأنه يفوتُ بقطع كلِّها منفعةُ المَشْي، فتجبُ الديةُ كاملةً.

ثم فيهما عَشرُ أصابعَ، فتَنْقَسِمُ الديةُ عليها أعشاراً.

---

(١) جاء في نُسخ الهداية وفي المطبوع منها بالتذكير هكذا: فيه، وما أثبتُّه: فيها: بالتأنيث، هو كما في الجوهرة النيرة ٥/٢٤٠، والمراد: تجب ديةٌ واحدةٌ في الجفون الأربعة كلها مع أهدابها.

(٢) سنن الترمذي (١٣٩١)، وقال: حديث حسن صحيح غريب، سنن أبي داود (٤٥٥٣)، سنن ابن ماجه (٢٦٥٣)، وينظر نصب الراية ٤/٣٧٢.

وفي كلِّ أُصبُعٍ فيها ثلاثةُ مفاصِل: ففي أحدِها: ثُلُثُ ديةِ الأصبع، وما فيها مَفصِلان: ففي أحدِهما: نصفُ ديةِ الأصبع.

وفي كلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ من الإبل، أو خمسُمائة درهمٍ.

والأسنانُ والأضراسُ كلُّها: سواءٌ.

قال: (وفي كلِّ أُصبُعٍ فيها ثلاثةُ مفاصِل: ففي أحدِها: ثُلُثُ ديةِ الأصبع، وما فيها مَفصِلان: ففي أحدِهما: نصفُ ديةِ الأصبع).

وهو نظيرُ انقسامِ ديةِ اليد علىٰ الأصابع.

قال: (وفي كلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ من الإبل، أو خمسُمائة درهمٍ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسىٰ الأشعري رضي الله عنه: «وفي كلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ من الإبل»[1].

قال: (والأسنانُ والأضراسُ كلُّها: سواءٌ)؛ لإطلاق ما روينا.

ولِمَا رُوي في بعض الروايات: «والأسنانُ كلُّها سواءٌ»[2].

ولأنَّ كلَّها في أصل المنفعة سواءٌ، فلا يُعتبرُ التفاضلُ[3]، كالأيدي والأصابع.

---

(١) مثله في كتاب عمرو ابن حزم، وتقدم قريباً، وأنه صححه ابن حبان (٦٥٥٩).

(٢) سنن أبي داود (٤٥٥٩)، سنن ابن ماجه (٢٦٥٠).

(٣) وفي نُسخ: التفاوت.

وهذا إذا كان خطأً، فإن كان عمداً : ففيه القصاصُ.

ومَن ضَرَبَ عضواً، فأذهب منفعتَه : ففيه ديةٌ كاملةٌ، كاليد إذا شَلَّتْ، والعينِ إذا ذَهَبَ ضوؤها.

ومَن ضَرَبَ صُلْبَ غيرِه، فانقطعَ ماؤه : تجبُ الديةُ، وكذا لو أَحْدَبَه.

فلو زالت الحُدُوبةُ : لا شيءَ عليه.

قال: (وهذا إذا كان خطأً، فإن كان عمداً: ففيه القصاصُ)، وقد مرَّ في الجنايات.

قال: (ومَن ضَرَبَ عضواً، فأذهب منفعتَه: ففيه ديةٌ كاملةٌ، كاليد إذا شَلَّت[1]، والعينِ إذا ذَهَبَ ضوؤها)؛ لأنَّ المتعلِّقَ تفويتُ جنسِ المنفعةِ، لا فواتُ الصورة.

قال: (ومَن ضَرَبَ صُلْبَ غيرِه، فانقطعَ ماؤه: تجبُ الديةُ)؛ لتفويتِ جنسِ المنفعة[2].

قال: (وكذا لو أَحْدَبَه)؛ لأنه فوَّتَ جمالاً علىٰ الكمال، وهو استواءُ القامةِ.

قال: (فلو زالت الحُدُوبةُ: لا شيءَ عليه)؛ لزوالها لا عن أَثَرٍ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: شُلَّت. بالمبني للمجهول.

(٢) وهو النسل. البناية ١٦/٣٦.

فصلٌ في الشِّجَاج

الشِّجَاجُ عَشَرةٌ:

الحَارِصةُ، وهي التي تَحْرُصُ الجلدَ، أي تَخْدِشُه، ولا تُخْرِجُ الدمَ.

والدامِعَةُ، وهي التي تُظهِرُ الدمَ، ولا تُسَيِّلُه، كالدَّمْعِ في العين.

والدامِيَةُ، وهي التي تُسَيِّلُ الدمَ.

والباضِعَةُ، وهي التي تَبضَعُ الجلدَ، أي تقطعُه.

والمُتلاحِمةُ، وهي التي تأخذُ في اللحم.

فصلٌ في الشِّجَاج

قال: (الشِّجَاجُ عَشَرةٌ:

١ـ الحَارِصةُ، وهي التي تَحْرُصُ الجلدَ، أي تَخْدِشُه، ولا تُخْرِجُ الدمَ.

٢ـ والدامِعَةُ، وهي التي تُظهِرُ الدمَ، ولا تُسَيِّلُه، كالدَّمْعِ في العين.

٣ـ والدامِيَةُ، وهي التي تُسَيِّلُ الدمَ.

٤ـ والباضِعَةُ، وهي التي تَبضَعُ الجلدَ، أي تقطعُه.

٥ـ والمُتلاحِمةُ، وهي التي تأخذُ في اللحم.

والسِّمْحاقُ، وهي التي تَصِلُ إلىٰ السِّمْحاقِ، وهي جِلْدةٌ رقيقةٌ بين اللحم وعَظْمِ الرأس.

والمُوضِحَةُ، وهي التي تُوْضِحُ العظمَ، أي تُبيِّنُه.

والهاشِمةُ، وهي التي تَكسِرُ العظمَ.

والمُنَقِّلَةُ، وهي التي تُنَقِّلُ العظمَ بعد الكسر، أي تُحوِّلُه.

والآمَّةُ، وهي التي تَصِلُ إلىٰ أُمِّ الرأس، وهي التي فيها الدِّماغ .

ففي المُوضِحَةِ : القصاصُ إن كانت عمداً.

٦ـ والسِّمْحاقُ، وهي التي تَصِلُ إلىٰ السِّمْحاقِ، وهي جِلْدةٌ رقيقةٌ بين اللحم وعَظْمِ الرأس.

٧ـ والمُوضِحَةُ، وهي التي تُوْضِحُ العظمَ، أي تُبيِّنُه.

٨ـ والهاشِمةُ، وهي التي تكسِرُ العظمَ.

٩ـ والمُنَقِّلَةُ، وهي التي تُنَقِّلُ العظمَ بعد الكسر، أي تُحوِّلُه.

١٠ـ والآمَّةُ، وهي التي تَصِلُ إلىٰ أُمِّ الرأس، وهي التي فيها الدِّماغُ[١]).

قال: (ففي المُوضِحَةِ: القصاصُ إن كانت عمداً)؛ لِمَا رُوي أنه عليه الصلاة والسلام قضىٰ بالقصاص في المُوضِحَة[٢].

ولأنه يُمكنُ أنْ يُنهَىٰ السكِّينُ[٣] إلىٰ العَظْم، فيتساويان، فيتحقَّقُ القصاص.

---

(١) وفي نُسخ: وهو الذي فيه الدماغ. بالتذكير.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٧٨: لم أره صريحاً.

(٣) وفي نُسخ: يُنهِيَ السكينَ.

ولا قصاصَ في بقيةِ الشِّجَاجِ.

وفيما دونَ المُوضِحَةِ: حُكومةُ عَدْلٍ.

وفي المُوضِحة إن كانت خطأً: نصفُ عُشْرِ الدية.

قال: (ولا قصاصَ في بقيةِ الشِّجَاجِ)؛ لأنه لا يُمكنُ اعتبارُ المساواة فيها؛ لأنه لا حَدَّ يُنهَىٰ السِّكِّينُ إليه.

ولأنَّ فيما فوقَ الموضِحَة: كَسْرُ العظمِ، ولا قصاصَ فيه.

وهذا روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله في «الأصل»، وهو ظاهرُ الرواية: يجبُ القصاصُ فيما قبلَ الموضحةِ؛ لأنه يُمكنُ اعتبارُ المساواةِ فيه، إذْ ليس فيه كَسْرُ العَظْمِ، ولا خوفُ هلاكٍ غالِبٍ، فيُسْبَرُ غَوْرُها بمِسْبَارٍ، ثم تُتَّخذُ حديدةٌ بقَدْرِ ذلك، فيُقطَعُ بها مقدارُ ما قُطِعَ، فيَتحقَّقُ استيفاءُ القصاص.

قال: (وفيما دونَ المُوضِحَةِ: حُكومةُ عَدْلٍ)؛ لأنه ليس فيها أَرْشٌ مقدَّرٌ، ولا يُمكنُ إهدارُه، فوَجَبَ اعتبارُه بحكم العدل.

وهو مأثورٌ عن النخعيِّ، وعمرَ بن عبد العزيز[1] رحمهما الله.

قال: (وفي المُوضِحة إن كانت خطأً: نصفُ عُشْرِ الدية.

---

(١) المراد بالنخعي: إبراهيم بن يزيد، الإمام الفقيه المجتهد الشهير، من أكابر التابعين، من أهل الكوفة، المتوفىٰ سنة ٩٦هـ، وأما وفاة الخليفة الراشد الخامس عمر بن عبد العزيز فكانت سنة ١٠١هـ، وينظر لتخريج الأثرين: الدراية ٢/٢٧٨.

وفي الهاشمة : عُشْرُ الدية .

وفي المنقِّلة : عُشْرُ الدية ، ونصفُ عُشْرِ الدية .

وفي الآمَّة : ثلثُ الدية .

وفي الجائفة : ثلثُ الدية .

فإن نَفَذَتْ : فهما جائفتان ، ففيهما : ثلثا الدية .

وفي الهاشمة: عُشْرُ الدية.

وفي المنقِّلة: عُشْرُ الدية، ونصفُ عُشْرِ الدية.

وفي الآمَّة: ثلثُ الدية.

وفي الجائفة: ثلثُ الدية.

فإن نَفَذَتْ: فهما[1] جائفتان، ففيهما: ثلثا الدية).

لِمَا رُوي في كتاب عَمْرو بن حَزْمٍ رضي الله عنه أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قال: «وفي المُوضِحَة: خَمْسٌ من الإبل، وفي الهاشمة: عَشْرٌ، وفي المُنَقِّلَةِ: خمسَ عَشرةَ، وفي الآمَّة ـ ويُروىٰ: المَأمومة ـ: ثلثُ الدية»[2].

---

(١) وفي نُسخ: فهي.

(٢) صحيحه ابن حبان (٦٥٥٩)، مصنف ابن أبي شيبة ١٤/٤٨، والحديث فيه كلام طويل في إرساله وضَعْف طرقه، لكن له شواهد كثيرة تقويه، وجرىٰ الأئمة علىٰ العمل به.

. . . .

وقال عليه الصلاة والسلام: «في الجائفة: ثُلُثُ الدية»[١].

وعن أبي بكرٍ رضي الله عنه أنه حكَمَ في جائفةٍ نَفَذَتْ إلىٰ الجانب الآخَر بثلثي الدية[٢].

ولأنها إذا نَفَذَتْ نُزِّلَتْ منزلةَ جائفتَيْن: إحداهما: من جانبِ البطن، والأخرىٰ: من جانب الظَّهْر، وفي كلِّ جائفةٍ ثلثُ الدية، فلهذا وَجَبَ في النافذة ثُلُثا الدية.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه جَعَلَ المُتلاحِمةَ قبلَ الباضِعة، وقال: هي التي يَتلاحَمُ فيها الدمُ، ويَسْوَدُّ.

وما ذكرناه بَدْءاً مَرْويٌّ عن أبي يوسف رحمه الله، وهذا اختلافُ عبارةٍ لا يعودُ إلىٰ معنىً وحُكمٍ؛ لأن ما قبلَ الموضحة: لا أرشَ فيه[٣].

* وبعدَ هذا شَجَّةٌ أخرىٰ، تسمىٰ: الدامِغَة، وهي التي تصلُ إلىٰ الدماغ، وإنما لم يَذكُرْها؛ لأنها تقعُ قَتْلاً في الغالب، وقد عُرِف حُكمُه، لا جنايةً مقتصرةٍ مفرَدةً بحُكمٍ علىٰ حِدَةٍ.

* ثم هذه الشجاجُ تختصُّ بالوجه والرأس لغةً، وما كان في غير الوجهِ والرأس: يُسمىٰ: جراحةً، والحكمُ مرتَّبٌ علىٰ الحقيقة، في الصحيح.

---

(١) تقدم في كتاب عمرو بن حزم، وأنه صححه ابن حبان (٦٥٥٩).

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٧٦٢٩).

(٣) قوله: لأن ما قبل الموضحة لا أرش فيه: مثبتٌ في نسخة ١٠٣٨هـ.

. . . .

حتىٰ لو تحقَّقَتْ في غيرِهما، نحو الساق واليد: لا يكون لها أَرْشٌ مقدَّرٌ، وإنما تجبُ حكومةُ عدلٍ؛ لأن التقديرَ: بالتوقيف، وهو[١] إنما وَرَدَ فيما يختصُّ بهما.

ولأنه إنما وَرَدَ الحُكمُ فيها[٢] لمعنىٰ الشَّيْنِ الذي يَلحقُه ببقاء أثرِ الجراحة، والشَّيْنُ يختصُّ بما يَظهرُ منها في الغالب، وهو العُضوان هذان، لا سواهما.

وأما اللَّحيان: فقد قيل: ليسا من الوجه، وهو قولُ مالكٍ[٣] رحمه الله، حتىٰ لو وُجِدَ فيهما ما فيه أَرْشٌ مقدَّرٌ: لا يجبُ المقدَّرُ، وهذا لأن الوجهَ مشتَقٌّ من المواجهة، ولا مواجهةَ للناظر فيهما، إلا أنَّ عندنا هما من الوجه؛ لاتصالهما به من غير فاصلةٍ[٤]، وقد يتحقَّقُ فيه معنىٰ المواجهةِ أيضاً.

وقالوا: الجائفةُ: تختَصُّ بالجَوْفِ: جوفِ الرأس، أو جوفِ البطن.

* وتفسيرُ حكومةِ العدل، علىٰ ما قاله الطَّحَاويُّ[٥] رحمه الله: أن

---

(١) وفي نسخ: وهذا.

(٢) أي في الشجاج.

(٣) بل كُتُب المالكية تنصُّ أن الذقن هو مجمع اللحيين، وهو من الوجه مما يجب غسله في الوضوء. مِنَح الجليل ١/٧٨، الشرح الكبير ١/٨٦.

(٤) وفي نُسخ: فاصلٍ.

(٥) نقل العيني في البناية ١٦/٤٥ أن قول الطحاوي هو الأصح، وهو المفتىٰ به، وهو قول الأئمة الثلاثة، ونقل عن ابن المنذر أن هذا قول مَن يُحفظ عنه العلم.

. . . .

يُقوَّمَ مملوكاً بدون هذا الأثر، ويُقوَّمَ وبه هذا الأثرُ، ثم يُنظَرُ إلىٰ تفاوتِ ما بين القيمتَيْن، فإن كان: نصفَ عُشرِ القيمة: يجب نصفُ عشرِ الدية، وإن كان: رُبُعَ عشرٍ: فرُبُعُ عُشرٍ.

وقال الكَرْخيُّ رحمه الله: يُنظَرُ كم مقدارُ هذه الشجَّةِ من المُوضِحَة، فيجب بقَدْر ذلك من نصفِ عُشْرِ الدية؛ لأن ما لا نصَّ فيه: يُرَدُّ إلىٰ المنصوصِ عليه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وفي أصابعِ اليدِ: نصفُ الديةِ.

فإن قَطَعَها مع الكَفِّ: ففيهما أيضاً نصفُ الدية.

فصلٌ

في مسائلِ الجِرَاح فيما دون النفس

قال: (وفي أصابعِ اليدِ[1]: نصفُ الديةِ)؛ لأنَّ في كلِّ أصبعٍ: عُشْرَ الدية، علىٰ ما روينا، فكان في الخَمْسِ: نصفُ الديةِ.

ولأن في قَطْعِ الأصابعِ تفويتَ جنسِ منفعةِ البَطْشِ، وهو الموجِبُ، علىٰ ما مرَّ.

قال: (فإن قَطَعَها مع الكَفِّ: ففيهما[2] أيضاً نصفُ الدية)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي اليدين: الديةُ، وفي إحداهما: نصفُ الدية»[3].

ولأن الكفَّ تَبَعٌ للأصابع؛ لأنَّ البَطْشَ بها.

---

(١) أي اليد الواحدة.

(٢) أي في الأصابع والكف، وفي غالب نُسخ الهداية: ففيه، وفي أخرىٰ: فيها، وقد أثبتُّ ما في النُّسخ النفيسة من مختصر القدوري، والمسألةُ منقولة منه.

(٣) تقدم في كتاب عمرو بن حزم، وأنه صححه ابن حبان (٦٥٥٩).

وإن قَطَعَها مع نصفِ الساعد : ففي الأصابع والكفِّ : نصفُ الدية، وفي الزيادة : حكومةُ عَدْلٍ.

وإن قَطَعَ الكَفَّ من المَفْصِلِ، وفيها أصبعٌ واحدةٌ : ففيه عُشْرُ الدية، وإن كانت أصبعان : فالخُمُس، ولا شيءَ في الكف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (وإن قَطَعَها مع نصفِ الساعد: ففي الأصابع والكفِّ: نصفُ الدية، وفي الزيادة: حكومةُ عَدْلٍ)، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

وعنه[1]: أن ما زاد علىٰ أصابع اليدِ والرِّجْل: فهو تَبَعٌ إلىٰ المَنكِب[2]، وإلىٰ الفَخِذِ؛ لأن الشرعَ أوجَبَ في اليدِ الواحدةِ نصفَ الدية، واليدُ: اسمٌ لهذه الجارحة إلىٰ المَنْكِبِ، فلا يُزادُ علىٰ تقدير الشرع.

ولهما: أن اليدَ آلةٌ باطِشةٌ، والبَطْشُ يَتعلَّقُ بالكَفِّ والأصابع، دون الذراع، فلم يُجْعَلِ الذراعُ تَبَعاً في حقِّ التضمين.

ولأنه لا وجهَ إلىٰ أن يكون تَبَعاً للأصابع؛ لأن بينهما عضواً كاملاً، ولا إلىٰ أن يكون تَبَعاً للكَفِّ؛ لأنه تابعٌ، ولا تَبَعَ للتَّبَع.

قال: (وإن قَطَعَ الكَفَّ من المَفْصِلِ، وفيها أصبعٌ واحدةٌ: ففيه عُشْرُ الدية، وإن كانت أصبعَيْن[3]: فالخُمُس، ولا شيءَ في الكف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي عن أبي يوسف رحمه الله.

(٢) وجاء في طبعات الهداية القديمة: تبعٌ للأصابع إلىٰ المنكب.

(٣) وفي نُسخ: أصبعان.

وقالا : يُنظرُ إلىٰ أَرْشِ الكفِّ والأصبعِ، فيكونُ عليه الأكثر، ويدخلُ القليلُ في الكثير.

وفي الأصبعِ الزائدة : حُكومةُ عَدْلٍ.

وقالا: يُنظرُ إلىٰ أَرْشِ الكفِّ والأصبعِ، فيكونُ عليه الأكثر، ويدخلُ القليلُ في الكثير)؛ لأنه لا وجهَ إلىٰ الجَمْعِ بين الأَرْشَيْن؛ لأن الكلَّ شيءٌ واحدٌ، ولا إلىٰ إهدارِ أحدِهما؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما أصلٌ من وجهٍ، فرجَّحْنا بالكثرة.

وله: أن الأصابعَ أصلٌ، والكَفَّ تابعٌ حقيقةً وشرعاً، لأنَّ البَطْشَ يقومُ بها، وأوجَبَ الشرعُ في أصبعٍ واحدةٍ عَشْراً من الإبل، والترجيحُ من حيث الذاتُ، والحكمُ[1] أَوْلىٰ من الترجيح من حيثُ مقدارُ الواجب.

ولو كان في الكفِّ ثلاثةُ أصابعَ: يجبُ أرشُ الأصابعِ، ولا شيءَ في الكفِّ، بالإجماع[2]؛ لأن الأصابعَ أصولٌ في حقِّ التقوُّم، وللأكثر حُكْمُ الكلِّ، فاستَتْبَعَتِ الكَفَّ، كما إذا كانتِ الأصابعُ قائمةً بأَسْرِها.

قال: (وفي الأصبعِ الزائدة: حُكومةُ عَدْلٍ)؛ تشريفاً للآدميِّ؛ لأنه جزءٌ من يده، لكنْ لا منفعةَ فيه[3]، ولا زينةَ.

---

(١) أي الشرع. حاشية نسخة ٧٤٢هـ.

(٢) وفي نُسخ: في قولهم جميعاً.

(٣) أي في الأصبع، والأصبعُ يذكَّر ويؤنَّث.

وكذلك السِّنُّ الشَّاغِيَةُ.

وفي عَيْنِ الصبيِّ، وذَكَرِه، ولسانِه إذا لم تُعلَمْ صحتُه: حكومةُ عَدْلٍ.

وكذلك لو استَهَلَّ الصبيُّ.

قال: (وكذلك السِّنُّ الشَّاغِيَةُ[1])؛ لِمَا قلنا.

قال: (وفي عَيْنِ الصبيِّ، وذَكَرِه، ولسانِه إذا لم تُعلَمْ صحتُه: حكومةُ عَدْلٍ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: تجبُ فيه ديةٌ كاملةٌ، لأنَّ الغالبَ فيه الصحةُ، فأشبه قَطْعَ المارنِ والأُذُنِ.

ولنا: أن المقصودَ من هذه الأعضاءِ المنفعةُ، فإن لم تُعلَمْ صحتُها: لا يجبُ الأرشُ الكاملُ بالشك، والظاهرُ لا يَصلُحُ حجةً للإلزام.

بخلاف المارنِ والأُذُنِ الشاخصة؛ لأن المقصودَ هو الجمالُ، وقد فوَّته علىٰ الكمال.

قال: (وكذلك لو استَهَلَّ الصبيُّ)؛ لأنه[3] ليس بكلامٍ، وإنما هو مجردُ صوتٍ، ومعرفةُ الصحة فيه[4]: بالكلام، وفي الذَّكَر: بالحَركَة، وفي العين: بما يُستَدَلُّ به علىٰ النظر، فيكون حُكْمُه بعد ذلك حكمَ البالغ في العمد والخطأ.

---

(١) أي الزائدة. البناية ١٦/ ٤٨.

(٢) الحاوي الكبير ١٢/ ٣٩٨.

(٣) أي استهلال الصبي.

(٤) أي في اللسان.

ومن شَجَّ رجلاً موضِحَةً فذَهَبَ عقلُه، أو شعرُ رأسِه: دَخَلَ أرشُ الموضِحَةِ في الدية.

وإن ذَهَبَ سمعُه، أو بصرُه، أو كلامُه: فعليه أرشُ الموضِحَةِ، مع الدية.

قال: (ومن شَجَّ رجلاً موضِحَةً فذَهَبَ عقلُه، أو شعرُ رأسِه: دَخَلَ أرشُ الموضِحَةِ في الدية)؛ لأنَّ بفوات العقل تبطلُ منفعةُ جميعِ الأعضاءِ، فصار كما إذا أوضَحَه، فمات.

وأرْشُ الموضِحَةِ يجبُ بفواتِ جزءٍ من الشعر، حتىٰ لو نَبَتَ: يسقطُ، والديةُ بفواتِ كلِّ الشعر، وقد تعلَّقا بسببٍ واحدٍ، فدخل الجزءُ في الجملة، كما إذا قَطَعَ أصبعَ يدِ رَجُلٍ، فشُلَّتْ يدُه.

وقال زفر رحمه الله: لا يدخلُ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما جنايةٌ فيما دون النفس، فلا يتداخلان، كسائر الجنايات.

وجوابُه: ما ذكرناه.

قال: (وإن ذَهَبَ سمعُه، أو بصرُه، أو كلامُه: فعليه أرشُ الموضِحَةِ، مع الدية).

قالوا: هذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الشجَّةَ تدخلُ في دية السمعِ والكلام، ولا تدخلُ في دية البصر.

وفي «الجامع الصغير» : ومَن شَجَّ رجلاً موضِحَةً، فذهبتْ عيناه : فلا قصاصَ في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : في الموضِحَةِ : القصاصُ.

وإن قَطَعَ أصبعَ رَجُلٍ من المَفْصِلِ الأعلىٰ، فشُلَّ ما بقِيَ من . . . .

وَجْهُ الأول: أن كلاًّ منهما جنايةٌ فيما دون النفس، والمنفعةُ مختَصَّةٌ به، فأشبه الأعضاءَ المختلفةَ.

بخلاف العقل؛ لأن منفعتَه عائدةٌ إلىٰ جميع الأعضاء، علىٰ ما بيَّنَّا.

ووجهُ الثاني: أن السمعَ والكلامَ مبطَّنٌ، فيُعتبرُ بالعقل، والبصرُ ظاهرٌ، فلا يَلْحَقُ به.

قال: (وفي «الجامع الصغير[1]»: ومَن شَجَّ رجلاً موضِحَةً، فذهبتْ عيناه: فلا قصاصَ في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله).

قالوا[2]: وينبغي أن تجبَ الديةُ فيهما[3].

(وقالا: في الموضِحَةِ: القصاصُ).

قالوا[4]: وينبغي أن تجبَ الديةُ في العينَيْن.

قال: (وإن قَطَعَ أصبعَ رَجُلٍ من المَفْصِلِ الأعلىٰ، فشُلَّ[5] ما بقِيَ من

---

(١) ص٢٤٦.

(٢) أي المشايخ رحمهم الله علىٰ أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) أي في الموضحة والعينين، أي يجب أرش الموضحة، ودية العينين.

(٤) أي المشايخ رحمهم الله في شروحهم علىٰ قولهما. البناية ١٦/٥٢.

(٥) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمعلوم: فشَلَّ.

الأصبع، أو اليدُ كلُّها : لا قصاصَ عليه في شيءٍ من ذلك.

وكذلك لو كَسَرَ بعضَ سِنِّ رَجُلٍ، فاسْوَدَّ ما بقِيَ، ولم يَحْكِ خلافاً.

ولو قال : أَقْطَعُ المَفْصِلَ، وأترُكُ ما يَبِسَ، أو أكسِرُ القَدْرَ المكسورَ، وأترُكُ الباقيَ : لم يكنْ له ذلك.

الأصبع، أو اليدُ كلُّها: لا قصاصَ عليه في شيءٍ من ذلك).

وينبغي أن تجبَ الديةُ في المَفصِلِ الأعلىٰ، وفيما بقِيَ: حكومةُ عَدلٍ.

قال: (وكذلك[1] لو كَسَرَ بعضَ[2] سِنِّ رَجُلٍ، فاسْوَدَّ ما بقِيَ، ولم يَحْكِ[3] خلافاً).

وينبغي أن تجبَ الديةُ في السِّنِّ كلِّه.

قال: (ولو قال[4]: أَقْطَعُ المَفْصِلَ، وأترُكُ ما يَبِسَ، أو أكسِرُ القَدْرَ المكسورَ[5]، وأترُكُ الباقيَ: لم يكنْ له ذلك).

لأن الفعلَ في نفسِه ما وقع موجِباً للقَوَدِ[6]، فصار كما لو شجَّه مُنَقِّلةً،

---

(١) أي الحكم، وهو عدم القصاص.

(٢) هكذا: بعضَ: بالنصب في بعض طبعات الهداية القديمة، وفي نُسخٍ خطية: نصفَ سنٍّ، وفي أخرىٰ: كَسَرَ سِنَّ.

(٣) أي لم يحك محمدٌ في الجامع الصغير خلافاً في المسألتين. البناية ١٦/٥٢.

(٤) أي المجنيُّ عليه.

(٥) أي من السِّنِّ.

(٦) لأنه لا اختيار في آخر الفعل، وهو الشلل، فيصير آخره مشبَّهٌ بأوله. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

. . . .

فقال[١]: أشجُّه مُوضِحَةً، وأترُكُ الزيادةَ.

لهما[٢] في الخلافية[٣]: أن الفعلَ وَقَعَ في محلَّيْن[٤]، فيكون جنايتَيْن مبتَدَأَتَيْن، فالشبهةُ في إحداهما لا تتعدَّىٰ إلىٰ الأخرىٰ.

كمَن رمىٰ إلىٰ رَجُلٍ عمداً، فأصابه، ونَفَذَ السهمُ منه إلىٰ غيره، فقتَلَه: يجب القودُ في الأولِ، والديةُ في الثاني.

وله[٥]: أن الجراحةَ الأُولىٰ ساريةٌ، والجزاءُ بالمِثل، وليس في وُسْعِه السَّاري، فيجب المالُ[٦].

ولأن الفعلَ واحدٌ حقيقةً، وهو الحركةُ القائمة[٧].

وكذا المَحَلُّ متَّحِدٌ من وجهٍ؛ لاتصال أحدِهما بالآخَر، فأَوْرثتْ نهايتُه شبهةَ الخطأ في البداية.

---

(١) أي المجنيُّ عليه.

(٢) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٣) أي في المسألة الخلافية، وهي ما إذا شجَّ رجلاً موضحةً، فذهبت عيناه.

(٤) أي مختلفين حقيقةً.

(٥) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٦) لأن الجراحة التي تعمل قصاصاً قد لا تكون ساريةً، إذ ليس في وُسعه فِعلُ ذلك، فلا يكون مثلاً للأُولىٰ. البناية ١٦/٥٤.

(٧) أي الثابتة حالة الشج.

وإن قَطَعَ أصبعاً، فشُلَّتْ إلىٰ جَنْبِها أخرىٰ: فلا قصاصَ في شيءٍ من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يُقتَصُّ من الأُولىٰ، وفي الثانية: أرشُها.

بخلاف النفسَيْن؛ لأنَّ أحدَهما ليس من سرايةِ صاحبه.

وبخلاف ما إذا وَقَعَ السِّكِّينُ علىٰ الأصبع؛ لأنه ليس فعلاً مقصوداً.

قال: (وإن قَطَعَ أصبعاً، فشُلَّتْ إلىٰ جَنْبِها أخرىٰ: فلا قصاصَ في شيءٍ من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ) وزفرُ والحسنُ رحمهم الله: (يُقتَصُّ من الأُولىٰ، وفي الثانية: أرشُها[١]).

والوجهُ من الجانبَيْن[٢] قد ذكرناه.

وروىٰ ابْنُ سَمَاعةَ عن محمدٍ رحمه الله في المسألة الأُولىٰ، وهي[٣] ما إذا شَجَّ مُوضِحةً، فذَهَبَ بصرُه: أنه يجبُ القصاصُ فيهما؛ لأن الحاصلَ بالسراية: مباشَرةٌ[٤]، كما في النفس، والبصرُ يجري فيه القصاصُ.

بخلاف الخلافية الأخيرة[٥]؛ لأن الشَّلَلَ لا قصاصَ فيه.

---

(١) أي وفي الأصبع الثانية يجب أرشها.

(٢) أي من جانب أبي حنيفة وجانب هؤلاء رحمهم الله.

(٣) وفي نُسخ: وهو.

(٤) يعني بمنزلة المباشرة.

(٥) وهي: إن قطع أصبعاً فشُلَّت إلىٰ جنبها أخرىٰ.

ولو قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فنَبَتَتْ مكانَها أخرىٰ: سقط الأرشُ في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: عليه الأرشُ كاملاً.

فصار الأصلُ عند محمدٍ رحمه الله علىٰ هذه الرواية: أن سرايةَ ما يجبُ فيه القصاصُ إلىٰ ما يُمكنُ فيه القصاصُ: يوجِبُ الاقتصاصَ، كما لو آلَتْ إلىٰ النفس، وقد وقَعَ الأولُ ظلماً.

ووجهُ المشهور: أن ذهابَ البصر: بطريق التسبيب، ألا يُرىٰ أن الشجَّةَ بقيتْ موجِبَةً في نفسها، ولا قَوَدَ في التسبيب.

بخلاف السراية إلىٰ النفس؛ لأنه لا تبقىٰ الأُولىٰ[1]، فانقلبتِ الثانية مباشرةً.

قال: ولو كَسَرَ بعضَ السِّنِّ، فسَقَطَتْ: فلا قصاصَ، إلا علىٰ روايةِ ابنِ سَمَاعة رحمه الله.

وعن محمد رحمه الله[2]: ولو أوضَحَه مُوضِحَتَيْن، فتآكلتا: فهو علىٰ الروايتَيْن هاتَيْن[3].

قال: (ولو قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فنَبَتَتْ مكانَها أخرىٰ: سقط الأرشُ في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: عليه الأرشُ كاملاً)؛ لأن الجنايةَ قد تحقَّقَتْ، والحادِثةُ نعمةٌ مبتَدَأةٌ من الله تعالىٰ.

---

(١) أي لا تبقىٰ الجناية الأُولىٰ معتبرةً، فإذا كان كذلك: فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة: فيجب القصاص. البناية ١٦/٥٧.

(٢) قوله: وعن محمد رحمه الله: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، وكتب فوقها: نسخةٌ.

(٣) أي الرواية المشهورة، التي يجب القصاص في الأُولىٰ والدية في الثانية، ورواية ابن سماعة، التي يجب القصاص فيهما.

ولو قَلَعَ سِنَّ غيرِه، فردَّها صاحبُها في مكانِها، ونَبَتَ عليها اللحمُ: فعلىٰ القالِعِ الأرشُ بكمالِه.

ومَن نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فانتزعَ المَنزوعةُ سِنُّه سِنَّ النازِعِ، فنَبَتَتْ سِنُّ الأولِ: فعلىٰ الأول لصاحبه: خمسُمائةِ درهمٍ.

وله: أن الجنايةَ انعدمتْ معنىً، فصار كما إذا قَلَعَ سِنَّ صبيٍّ، فنَبَتَتْ: لا يجبُ الأرشُ، بالإجماع؛ لأنه[1] لم تَفُتْ عليه منفعةٌ، ولا زينةٌ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه تجبُ حكومةُ عدلٍ؛ لمكان الألمِ الحاصلِ.

قال: (ولو قَلَعَ سِنَّ غيرِه، فردَّها صاحبُها في مكانِها، ونَبَتَ عليها اللحمُ: فعلىٰ القالِعِ الأرشُ بكمالِه)؛ لأن هذا مما لا يُعتَدُّ به، إذِ العُروقُ لا تعودُ.

وكذا[2] إذا قَطَعَ أُذُنَه، فألصقَها، فالتَحَمَتْ؛ لأنها لا تعودُ إلىٰ ما كانت عليه.

قال: (ومَن نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فانتزعَ المَنزوعةُ سِنُّه سِنَّ النازِعِ، فنَبَتَتْ سِنُّ الأولِ: فعلىٰ الأول[3] لصاحبه: خمسُمائةِ درهمٍ).

---

(١) وفي نُسخ: ولأنه. مع واو، وبناء علىٰ هذا: يكون التعليل مستقلاً.

(٢) أي يجب الأرشُ بكماله.

(٣) أي المنزوع الأول.

ولو ضَرَبَ إنسانٌ سِنَّ إنسانٍ، فتَحَرَّكَتْ: يُستأنَىٰ حَوْلاً.

لأنه تبيَّنَ أنه استوفىٰ بغير حَقٍّ؛ لأن الموجِبَ: فسادُ المَنْبِتِ، ولم يَفسُدْ، حيث نَبَتَت مكانَها أخرىٰ، فانعدمتِ الجنايةُ، ولهذا يُسْتأنَىٰ حَوْلاً، بالإجماع.

وكان ينبغي أن يُنتظَرَ اليأسُ في ذلك للقصاص، إلا أنَّ في اعتبار ذلك: تضييعَ الحقوقِ، فاكتفينا بالحول؛ لأنه تنبتُ فيه ظاهراً.

فإذا مضىٰ الحولُ، ولم تنبتْ: قضَيْنا بالقصاص.

وإذا نبَتَتْ: تبيَّن أنَّا أخطأنا فيه، والاستيفاءُ كان بغير حَقٍّ، إلا أنه لا يجبُ القصاصُ؛ للشبهة، فيجب المالُ.

قال: (ولو ضَرَبَ إنسانٌ سِنَّ إنسانٍ[1]، فتَحَرَّكَتْ: يُستأنَىٰ حَوْلاً)؛ ليَظهَرَ أثرُ فعلِه.

فلو أجَّله القاضي سَنَةً، ثم جاء المضروبُ[2] وقد سقطتْ سِنُّه، فاختلفا قبلَ السَّنَة فيمَن[3] سَقَطَ بضَرْبِه[4]: فالقولُ للمضروبِ؛ ليكونَ التأجيلُ مفيداً.

---

(١) هكذا: إنسانٌ سِنَّ إنسان: في طبعات الهداية القديمة، وفي نُسخ: ضرب إنسانٌ سنَّه، وفي أخرىٰ: ضرب إنساناً سِنَّه.

(٢) أي قبل تمام السنة.

(٣) وفي نُسخ: فيما.

(٤) أي اختلف الضارب والمضروب، فقال المضروب للضارب: إنما سقطت من ضَرْبِكَ، وقال الضارب: إنما ضَرَبَكَ آخرُ.

. . . .

وهذا بخلاف ما إذا شجَّه مُوضِحَةً، فجاء وقد صارتْ مُنَقِّلَةً، فاختلفا: حيث يكونُ القولُ قولَ الضاربِ؛ لأن الموضحةَ لا تُورِثُ المنقِّلَةَ، أما التحريكُ[1]: فيؤثِّر في السقوط، فافترقا.

وإن اختلفا[2] في ذلك بعد السَّنَةِ: فالقولُ للضارب؛ لأنه يُنكِرُ أثرَ فِعلِه، وقد مضىٰ الأجلُ الذي وقَّتَه القاضي؛ لظهور الأثرِ، فكان القولُ للمنكِرِ.

ولو لم تسقطْ[3]: لا شيءَ علىٰ الضارِبِ.

وعن أبي يوسف[4] رحمه الله: أنه تجبُ حكومةُ الألم.

وسنُبَيِّنُ الوجهَيْن بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

ولو لم تسقطْ، ولكنها اسودَّتْ: يجبُ الأرشُ في الخطأ: علىٰ العاقلة، وفي العمد: في مالِه.

ولا يجبُ القصاصُ؛ لأنه لا يُمكِنُه أن يَضرِبُه ضرباً تَسْوَدَّ منه.

وكذا إذا كَسَرَ بعضَها، واسْوَدَّ الباقي: لا قصاصَ؛ لِمَا ذَكَرْنا.

---

(١) أي تحريك السِّنِّ.

(٢) أي اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن.

(٣) أي السن المتحركة.

(٤) قال في البناية ٦١/١٦: وفي بعض النُّسخ: أبي حنيفة: مكان: أبي يوسف، والأول أصح.

ومَن شَجَّ رجلاً، فالتحمَتِ الشجَّةُ، ولم يَبْقَ لها أثرٌ، ونَبَتَ الشعرُ: سَقَطَ الأرشُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجبُ عليه أَرْشُ الألمِ.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه أجرةُ الطبيبِ.

وكذا[١] لو احْمَرّ[٢]، أو اخْضَرَّ.

ولو اصْفَرّ[٣]: فيه روايتان.

قال: (ومَن شَجَّ رجلاً، فالتحمَتِ الشجَّةُ، ولم يَبْقَ لها أثرٌ، ونَبَتَ الشعرُ: سَقَطَ الأرشُ عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لزوال الشَّيْن الموجِبِ.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: يجبُ عليه أَرْشُ الألمِ)، وهو حكومةُ عَدْلٍ، لأنَّ الشَّيْنَ الموجِبَ وإنْ زال: فالألمُ الحاصلُ ما زال، فيجبُ تقويمُه.

(وقال محمدٌ رحمه الله: عليه أجرةُ الطبيبِ)؛ لأنه إنما لَزِمَه أجرُ الطبيب، وثمنُ الدواء بفعله، فصار كأنه أَخَذَ ذلك من ماله.

---

(١) أي لا قصاص.

(٢) وفي نُسخ: لو احمرَّت أو اخضرَّت، ولو اصفرَّت.

(٣) وفي نُسخ بدون ذكر الاصفرار، وفي نُسخ: احمرَّ أو اخضرَّ أو اصفرَّ: ففيه روايتان، ومما يرجح ما أثبتُّه ذِكْرُ العيني في البناية ١٦/٦١ الروايتين في الاصفرار فقط.

ومَن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، فجَرَحَتْه، فبَرَأَ منها: فعليه أَرْشُ الضرب.

ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ خطأً، ثم قَتَلَه خطأً قبلَ البُرْءِ: فعليه الديةُ، وسَقَطَ أرشُ اليدِ.

ومَن جَرَحَ رجلاً جراحةً: لم يُقْتَصَّ منه حتىٰ يَبرأَ.

إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: إن المنافعَ علىٰ أصلِنا لا تتقوَّمُ إلا بعقدٍ أو بشُبْهته، ولم يوجدْ في حقِّ الجاني، فلا يَغرَمُ شيئاً.

قال: (ومَن ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوْطٍ، فجَرَحَتْه، فبَرَأَ منها: فعليه أَرْشُ الضرب)، معناه: إذا بقِيَ أثرُ الضرب.

فأما إذا لم يَبْقَ أثرُه: فهو علىٰ اختلافٍ قد مضىٰ في الشجَّةِ المُلتحِمَة[1].

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ رَجُلٍ خطأً، ثم قَتَلَه خطأً قبلَ البُرْءِ: فعليه الديةُ، وسَقَطَ أرشُ اليدِ)؛ لأن الجنايةَ من جنسٍ واحدٍ، والموجَبُ واحدٌ، وهو الديةُ، وإنها بدلُ النفس بجميع أجزائها، فدخل الطرفُ في النفس، كأنه قَتَلَه ابتداءً.

قال: (ومَن جَرَحَ رجلاً جراحةً: لم يُقْتَصَّ منه حتىٰ يَبرأَ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يُقتصُّ منه في الحال؛ اعتباراً بالقصاص في النفس، وهذا لأن الموجِبَ قد تحقَّقَ، فلا يُعطَّلُ.

---

(١) أي في المسألة التي قبلها.

(٢) التهذيب ١١٩/٧.

وكلُّ عمدٍ سَقَطَ القصاصُ فيه بشُبهةٍ: فالديةُ في مال القاتل، وكلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بالصُّلْحِ: فهو في مال القاتل.

وإذا قَتَلَ الأبُ ابنَه عمداً: فالديةُ في مالِه، في ثلاثِ سنين.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «يُسْتَأنىٰ في الجراحات سَنَةً»[1].

ولأن الجراحات يُعتبرُ فيها مآلُها، لا حالُها؛ لأن حكمَها في الحال غيرُ معلومٍ، فلعلَّها تسري إلىٰ النفس، فيظهرُ أنه قَتْلٌ، وإنما يَستَقِرُّ الأمرُ بالبُرْء.

قال: (وكلُّ عمدٍ سَقَطَ القصاصُ فيه بشُبهةٍ: فالديةُ في مال القاتل، وكلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بالصُّلْحِ: فهو في مال القاتل).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تَعقِلُ العواقِلُ عمداً»[2]. الحديث.

وهذا عمدٌ، غيرَ أنَّ الأولَ يجبُ في ثلاث سنين؛ لأنه مالٌ وَجَبَ بالقتل ابتداءً، فأشبه شِبْهَ العمد، والثاني يجبُ حالاً؛ لأنه مالٌ وَجَبَ بالعقد، فأشبَهَ الثمنَ في البيع.

قال: (وإذا قَتَلَ الأبُ ابنَه عمداً: فالديةُ في مالِه، في ثلاثِ سنين).

---

(١) سنن البيهقي (١٦١١٣)، الدراية ٢/٢٧٩.

(٢) قال في منية الألمعي ص ٤٠٩: ذَكَرَه رزين العبدري مرفوعاً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وعنه ابنُ الأثير في جامع الأصول ٥/١٨٢». اهـ، أما في نصب الراية ٤/٣٧٩، فقال: غريب مرفوعاً، وقال في الدراية ٢/٢٨٨: لم أجده.

قال في الدراية ٢/٢٨٠: لم أره مرفوعاً، ورواه محمد بن الحسن في الآثار موقوفاً علىٰ ابن عباس رضي الله عنهما، ونقل العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٤/١٤٧ عن ابن عبد البر أنه لا مخالف له من الصحابة رضي الله عنهم.

وكلُّ جنايةٍ اعتَرَفَ بها الجاني : فهيَ في مالِه، ولا يُصدَّقُ علىٰ عاقلتِه.

وعمدُ الصبيِّ، والمجنونِ : خطأٌ، وفيه الديةُ علىٰ العاقلة.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: تجبُ حالَّةً؛ لأن الأصلَ أنَّ ما يجبُ بالإتلاف: يجبُ حالاً، والتأجيلُ للتخفيف في الخاطئ، وهذا عامدٌ، فلا يَستَحِقُّه.

ولأنَّ المالَ وَجَبَ جَبْراً[2] لِحَقِّه، وحَقُّه في نفسِه حالٌّ، فلا ينجبرُ بالمؤجَّل.

ولنا: أنه مالٌ واجبٌ بالقتل، فيكون مؤجَّلاً، كدية الخطأ، وشِبْهِ العمد، وهذا لأن القياسَ يأبىٰ تقوُّمَ الآدميِّ بالمال؛ لعدم التماثل، والتقويمُ ثَبَتَ بالشرع، وقد وَرَدَ به مؤجَّلاً، لا معجَّلاً، فلا يُعدَلُ عنه، لا سيما إلىٰ زيادةٍ، ولَمَّا لم يَجُزِ التغليظُ باعتبار العمديةِ قَدْراً: لا يجوز وَصْفاً.

قال: (وكلُّ جنايةٍ اعتَرَفَ بها الجاني: فهيَ في مالِه، ولا يُصدَّقُ علىٰ عاقلتِه)؛ لِمَا روينا.

ولأنَّ الإقرارَ لا يَتعدَّىٰ المقِرَّ؛ لقصور ولايتِه عن غيره، فلا يَظْهرُ في حَقِّ العاقلة.

قال: (وعمدُ الصبيِّ، والمجنونِ: خطأٌ، وفيه الديةُ علىٰ العاقلة).

---

(١) المجموع ١٩/١٥٠.

(٢) وفي نُسخ: جُبْراناً.

. . . .

وكذا كلُّ جنايةٍ موجَبُها خمسُمائةٍ، فصاعداً.

والمَعتوهُ: كالمجنون.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: عَمْدُهُ[2] عمدٌ، حتىٰ تجبُ الديةُ في مالِه حالَّةً؛ لأنه عمدٌ حقيقةً، إذِ العمدُ هو القصدُ، غيرَ أنه تخلَّفَ عنه أحدُ حُكمَيْه، وهو القصاصُ، فينسحِبُ عليه حُكمُه الآخَرُ، وهو الوجوبُ في ماله.

ولهذا تجبُ الكفارةُ به، ويُحرَمُ عن الميراث، علىٰ أصله؛ لأنهما يتعلَّقان بالقتل.

ولنا: ما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه جَعَلَ عَقْلَ المجنونِ علىٰ عاقلته، وقال: عمدُه وخطؤه: سواءٌ[3].

ولأن الصَّبيَّ مَظِنَّةُ المَرْحَمَة، والعاقلُ الخاطئُ لَمَّا استحقَّ التخفيفَ، حتىٰ وجبتِ الديةُ علىٰ العاقلة: فالصبيُّ وهو أعذَرُ أَوْلىٰ بهذا التخفيف.

ولا نُسلِّمُ تحقُّقَ العمدية، فإنها تترتَّبُ علىٰ العلمِ، والعلمُ: بالعقل، والمجنونُ: عديمُ العقلِ، والصبيُّ: قاصرُ العقلِ، فأَنَّىٰ يَتحقَّقُ منهما القصدُ، فصارا كالنائم.

---

(١) روي عنه قولان مصححان. الحاوي الكبير ٨/٣٤٧.

(٢) أي عمد كلٍّ من الصبي والمجنون والمعتوه. البناية ١٦/٦٨.

(٣) سنن البيهقي ٨/١٠٤، وينظر الدراية ٢/٢٨٠.

. . . .

وحِرمانُ الميراث: عقوبةٌ، وهما ليسا من أهل العقوبة.

والكفارةُ كاسمها: ستَّارةٌ[(١)]، ولا ذنبَ[(٢)] تستُرُه، لأنهما[(٣)] مرفوعَاْ القلمِ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي للذنوب في الآخرة. بدائع الصنائع ٥/١١٠.

(٢) أي لا ذنبَ فيهما.

(٣) أي الصبي والمجنون.

وفي نُسخة ٧٣٨هـ: ولأنهما. مع زيادة الواو. قلت: وعليه فيكون هذا دليلاً آخَر، وهو أنهما مرفوعٌ عنهما القلم في إيجاب الكفارة، ويكون الشطر الأول من الرد علىٰ الشافعي، وهو أن الكفارة: ستَّارةٌ: دليل عقلي، ويتلوه الدليلُ الآخَر من السُّنَّة.

ثم وجدت في تبيين الحقائق ٦/١٣٩ ما يؤيد هذا التوجيه مع الواو، حيث قال: ولا ذنب لهم لتستره، ولأنهم مَرْفُوعو القلم. اهـ، والحمد لله.

فصلٌ في الجَنِين

وإذا ضَرَبَ بَطْنَ امرأةٍ، فألْقَتْ جنيناً مَيْتاً: ففيه غُرَّةٌ، والغُرَّةُ نصفُ عُشْرِ الدية.

قال رضيَ اللهُ عنه: معناه: ديةُ الرَّجُل، وهذا في الذَّكَر، وفي الأُنثىٰ: عُشْرُ ديةِ المرأة، وكلٌّ منهما خمسُمائة درهمٍ.

فصلٌ في الجَنِين

قال: (وإذا ضَرَبَ بَطْنَ امرأةٍ، فألْقَتْ جنيناً مَيْتاً: ففيه غُرَّةٌ، والغُرَّةُ نصفُ عُشْرِ الدية.

قال رضيَ اللهُ عنه: معناه: ديةُ الرَّجُل، وهذا في الذَّكَر، وفي الأُنثىٰ: عُشْرُ ديةِ المرأة، وكلٌّ منهما خمسُمائة درهمٍ).

والقياسُ: أن لا يجبَ شيءٌ؛ لأنه لم يُتيقَّنْ بحياته، والظاهرُ لا يصلُحُ حُجَّةً للاستحقاق.

وَجْهُ الاستحسانِ: ما رُوي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قال: «في الجنينِ غُرَّةٌ: عبدٌ أو أمةٌ، قيمتُه خمسُمائة»[1].

---

(١) صحيح البخاري (٥٧٥٨)، صحيح مسلم (١٦٨١)، بدون لفظ: «قيمتها خمسمائة درهم»، وبلفظ المؤلف: غريبٌ، كما في نصب الراية ٣٨١/٤.

. . . .

ويُروىٰ: «أو خمسُمائة»[١].

فتَرَكْنا القياسَ بالأثَر.

وهو حُجَّةٌ علىٰ مَن قدَّرَها بستِّمائةٍ، نحوُ مالكٍ[٢]، والشافعيِّ[٣] رحمهما الله.

وهيَ علىٰ العاقلة عندنا إذا كانت خمسَمائةِ درهم.

وقال مالكٌ[٤] رحمه الله: تجبُ[٥] في مالِه؛ لأنها[٦] بدلُ الجزء[٧].

ولنا: أنه عليه الصلاة والسلام قضىٰ بالغُرَّة علىٰ العاقلة[٨].

---

(١) أي بلفظ: «عبدٌ أو أمةٌ أو خمسمائة»، وهو في المعجم الكبير للطبراني (٥١٤)، وقال عنه الهيثمي في مجمع الزاوئد ٦/٣٠٠: فيه: المنهال بن خليفة: وثَّقه أبو حاتم، وضعَّفه جماعةٌ، وبقية رجاله: ثقاتٌ». اهـ

(٢) التلقين ص١٥١.

(٣) قدَّرها الشافعية بخمسين ديناراً. الحاوي الكبير ١٢/١١٧.

(٤) شرح الخرشي علىٰ خليل ٨/٣٢.

(٥) لفظ: تجب: مثبتٌ في النسخة التي مع البناية ١٦/٧٢.

(٦) أي الغرَّة، وفي نُسخ: لأنه، وذكَّر الضمير باعتبار المذكور. البناية ١٦/٧٢.

(٧) أي جزء الأم.

(٨) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٢٨٩)، سنن أبي داود (٤٥٦٨)، الدراية ٢/٢٨١.

. . . .

ولأنها[١] بدلُ النفسِ، ولهذا سمَّاها عليه الصلاة والسلام: ديةً، حيث قال: «دُوْهُ»[٢]، فقالوا: أَنَدِيْ مَن لا صاحَ، ولا استَهَلَّ؟![٣]. الحديث.

إلا أنَّ العواقِلَ لا تعقِلُ ما دونَ خمسمائةٍ.

وتجبُ في سَنَةٍ.

وقال الشافعيُّ[٤] رحمه الله: في ثلاثِ سنين؛ لأنها بدلُ النفس، ولهذا يكونُ[٥] مَوْروثاً بين ورثته.

ولنا: ما رُوي عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال: بَلَغَنا أنَّ رسولَ الله عليه الصلاة والسلام جَعَلَ الغُرَّةَ[٦] علىٰ العاقلة في سَنَةٍ[٧].

ولأنه إن كان بدلَ النفسِ، من حيث إنه نَفْسٌ علىٰ حِدَةٍ، فهو بدلُ العضوِ، من حيثُ الاتصالُ بالأُمِّ، فعَمِلْنا بالشَّبَه الأوَّل في حَقِّ التوريث،

---

(١) أي الغرَّة، وفي نُسخ: لأنه، وذكَّر الضمير باعتبار المذكور. البناية ١٦/٧٢.

(٢) أي أدُّوا الديةَ إليه. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) صحيح مسلم (١٦٨٢)، الدراية ٢/٢٨١.

(٤) المهذب ٢/٣٢٩.

(٥) أي بدل النفس.

(٦) لفظ: الغرة: مثبتٌ في نسخةٍ نفيسة ملكها وقابلها العلماء بتاريخ ٧٩٨هـ، وسقط هذا اللفظ من بقية النسخ، ومن طبعات الهداية القديمة.

(٧) الأصل للإمام محمد ٦/٥٥٧، قال في الدراية ٢/٢٨١: لم أجد مَن وَصَلَه.

فإن ألقَتْه حيّاً، ثم مات: ففيه الديةُ كاملةً.

وبالثاني في حَقِّ التأجيل إلىٰ سَنَةٍ؛ لأن بدلَ العضو إذا كان ثُلُثَ الديةِ، أو أقلَّ: أكثرُ[1] من نصف العُشْر: يجبُ في سَنَةٍ.

بخلاف أجزاءِ الديةِ؛ لأن كلَّ جزءٍ منها علىٰ مَن وَجَبَ: يجبُ في ثلاثِ سنين.

ويستوي فيه[2] الذَّكَرُ والأنثىٰ؛ لإطلاق ما روينا.

ولأنَّ في الحَيَّيْن[3] إنما ظَهَرَ التفاوتُ[4]: لتفاوت معاني الآدميةِ، ولا تفاوتَ في الجنينَيْن[5]، فيُقدَّرُ بمقدارٍ واحدٍ، وهو خمسُمائةٍ.

قال: (فإن ألقَتْه حيّاً، ثم مات: ففيه الديةُ كاملةً)؛ لأنه[6] أَتلَف حيّاً بالضرب السابق.

---

(١) لفظ: أكثر: بدون الواو العاطفة في أوله هو الصحيح من النُّسخ، وفي بعضها: وأكثر، وفي أخرىٰ: أو أكثر، وفي بعضها: مع أكثر، وكلها غير صحيحٍ؛ لأن المرادَ: أن يكون الأقل من ثلث الدية: أكثر من نصف العشر. البناية ١٦/٧٤.

(٢) أي في وجوب قدر الغرة.

(٣) أراد بهما الولدَيْن المنفصلَيْن الحيَّيْن أحدهما ذكرٌ، والآخر أنثىٰ. البناية ١٦/٧٤، وفي نسخة ٧٩٨هـ كُتب أن هناك نسخة: الحي. بالإفراد.

(٤) أي في الدية بين الذكر والأنثىٰ.

(٥) وفي نُسخ: الجنين. بالإفراد.

(٦) أي الضارب الجاني.

وإن ألقَتْه ميتاً، ثم ماتتِ الأُمُّ: فعليه ديةٌ كاملةٌ بقتلِ الأُمِّ، وغُرَّةٌ بإلقائها.

وإن ماتَتِ الأمُّ من الضَّرْبةِ، ثم خَرَجَ الجنينُ بعد ذلك حيَّاً، ثم مات: فعليه ديةٌ في الأمِّ، وديةٌ في الجنين.

وإن ماتتْ الأمُّ، ثم ألقَتْه ميتاً: فعليه ديةٌ في الأمِّ، ولا شيءَ في الجنين.

قال: (وإن ألقَتْه ميتاً، ثم ماتتِ الأُمُّ: فعليه ديةٌ كاملةٌ بقتل الأُمِّ، وغُرَّةٌ بإلقائها).

وقد صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام قضىٰ في هذا بالدية، والغُرَّة[١].

قال: (وإن ماتَتِ الأمُّ من الضَّرْبةِ، ثم خَرَجَ الجنينُ بعد ذلك حيَّاً، ثم مات: فعليه ديةٌ في الأمِّ، وديةٌ في الجنين)؛ لأنه قاتِلُ شخصَيْن.

قال: (وإن ماتتْ الأمُّ، ثم ألقَتْه ميتاً: فعليه ديةٌ في الأمِّ، ولا شيءَ في الجنين).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: تجبُ الغُرَّةُ في الجنين؛ لأن الظاهرَ موتُه بالضرب، فصار كما إذا ألقَتْه ميتاً، وهي حيَّةٌ.

---

(١) سنن أبي داود (٤٥٧٤)، سنن ابن ماجه (٢٦٤١)، وصححه ابن حبان (٦٠٢١)، الدراية ٢/٢٨٢.

(٢) الوسيط ٢/٦٩٩.

وما يجبُ في الجنين : فهو موروثٌ عنه .

ولا يرثُه الضارِبُ، حتىٰ لو ضَرَبَ بطنَ امرأتِه، فألقتِ ابنَه ميتاً : فعلىٰ عاقلةِ الأبِ غُرَّةٌ، ولا يرثُ منها .

وفي جنينِ الأَمَةِ إذا كان ذَكَراً : نصفُ عُشْرِ قيمتِه لو كان حيًّاً، وعُشْرُ قيمتِه لو كان أُنثىٰ .

ولنا: أن موتَ الأمِّ أحدُ سبَبَيْ موتِه[١]؛ لأنه يَختنق بموتها، إذ تنفُّسُه بتنفُّسِها، فلا يجبُ الضمانُ بالشك.

قال: (وما يجبُ في الجنين: فهو موروثٌ عنه)؛ لأنه بدلُ نفسِه، فيَرِثُه ورثتُه.

قال: (ولا يرثُه الضارِبُ، حتىٰ لو ضَرَبَ بطنَ امرأتِه، فألقتِ ابنَه ميتاً: فعلىٰ عاقلةِ الأبِ غُرَّةٌ، ولا يرثُ منها)؛ لأنه قاتِلٌ بغير حقٍّ مباشرةً، ولا ميراثَ للقاتل.

قال: (وفي جنينِ الأَمَةِ إذا كان ذَكَراً: نصفُ عُشْرِ قيمتِه لو كان حيًّاً، وعُشْرُ قيمتِه لو كان أُنثىٰ).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: فيه عُشْرُ قيمةِ الأُمِّ؛ لأنه جزءٌ منها من وجهٍ، وضمانُ الأجزاء يؤخَذُ مقدارُها من الأصل.

---

(١) والسبب الآخر الضرب.

(٢) الأم ٢/٢١٠.

فإن ضُرِبَتْ، فأعتقَ المولىٰ ما في بطنِها، ثم ألقَتْه حيًّاً، ثم مات: ففيه قيمتُه حيًّاً.

ولا تجبُ الديةُ وإن مات بعد العِتْقِ.

ولنا: أنه بدلُ نفسِه؛ لأنَّ ضمانَ الطَّرَفِ لا يجبُ إلا عند ظهورِ النقصانِ في الأصل، ولا معتبرَ به في ضمانِ الجنين، فكان بدلَ نفسِه، فيُقدَّرُ بها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجبُ ضمانُ النقصانِ لو انتقصتِ الأمُّ؛ اعتباراً بجنين البهائم.

وهذا لأن الضمانَ في قَتْلِ الرقيق: ضمانُ مالٍ عنده، علىٰ ما نذكُرُ إن شاء الله تعالىٰ[1]، فصحَّ الاعتبارُ علىٰ أصله.

قال: (فإن ضُرِبَتْ، فأعتقَ المولىٰ ما في بطنِها، ثم ألقَتْه حيًّاً، ثم مات: ففيه قيمتُه حيًّاً.

ولا تجبُ الديةُ وإن مات بعد العِتْقِ)؛ لأنه قَتَلَه بالضرب السابق، وقد كان في حالة الرِّقِّ، فلهذا تجبُ القيمةُ، دون الدية.

وتجب قيمتُه حيًّاً؛ لأنه بالضرب صار قاتِلاً إياه، وهو حيٌّ، فنَظَرْنا إلىٰ حالتَيِ السببِ والتلف.

---

(١) في باب جناية المملوك، في أول الفصل الذي بعده، في مسألة قتل العبد خطأً بقوله: لهما: أن الضمان بدل المالية. البناية ١٦/٧٧.

ولا كفارةَ في الجنين.

وقيل: هذا عندهما، وعند محمد رحمه الله: تجبُ قيمتُه حياً ما بين كونه مضروباً إلىٰ كونه غيرَ مضروبٍ؛ لأن الإعتاقَ قاطِعٌ للسراية، علىٰ ما يأتيك من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ[1].

قال: (ولا كفارةَ في الجنين) عندنا.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: تجبُ؛ لأنه نَفْسٌ من وجهٍ، فتجبُ الكفارةُ؛ احتياطاً.

ولنا: أن الكفارةَ فيها معنىٰ العقوبة، وقد عُرفت[3] في النفوس المطلَقةِ[4]، فلا تتعدَّاها[5]، ولهذا لم يجبْ كلُّ البدل.

قالوا: إلا أنْ يشاءَ ذلك؛ لأنه ارتكب محظوراً، فإذا تقرَّبَ إلىٰ الله تعالىٰ: كان أفضلَ له، ويَستغفرُ اللهَ مما قد صَنَعَ.

والجنينُ الذي قد استبانَ بعضُ خَلْقِه: بمنزلةِ الجنينِ التامِّ في جميع هذه الأحكام؛ لإطلاقِ ما روينا.

---

(١) في باب جناية المملوك، في مسألة من قطع يد عبده فأعتقه المولىٰ، ثم مات من ذلك.

(٢) الحاوي الكبير ١٢/٣٩١.

(٣) أي عُرفت العقوبة وهي الكفارة بالنص. حاشية سعدي.

(٤) أي الكاملة.

(٥) أي إلىٰ غير المطلقة، وهو الجنين.

. . . .

ولأنه ولدٌ في حَقِّ أُمومية الولدِ، وانقضاءِ العِدَّةِ، والنفاسِ، وغيرِ ذلك، فكذا في حقِّ هذا الحكم.

ولأنه بهذا القَدْرِ: يتميَّزُ مِن العَلَقَة والدمِ، فكان نَفْساً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
ما يُحدِثُه الرَّجُلُ في الطريق

ومَن أَخرجَ إلىٰ الطريقِ الأعظمَ كَنيْفاً، أو مِيْزاباً، أو جُرْصُناً، أو بنىٰ دُكَّاناً: فلرَجُلٍ من عُرْضِ الناسِ أن يَنزِعَه.

ويَسَعُ للذي عَمِلَه أن يَنتفِعَ به ما لم يُضِرَّ بالمسلمين.

باب
ما يُحدِثُه الرَّجُلُ في الطريق

قال: (ومَن أَخرجَ إلىٰ الطريقِ الأعظمَ كَنيْفاً[١]، أو مِيْزاباً، أو جُرْصُناً[٢]، أو بنىٰ دُكَّاناً: فلرَجُلٍ من عُرْضِ الناسِ أن يَنزِعَه).

لأن كلَّ واحدٍ صاحبُ حَقٍّ بالمرور بنفسه وبدوابِّه، فكان له حَقُّ النَّقْض، كما في الملكِ المشترَكِ، فإن لكلِّ واحدٍ حَقَّ النَّقْض لو أَحدثَ غيرُهم فيه شيئاً، فكذا في الحَقِّ المشترَك.

قال: (ويَسَعُ للذي عَمِلَه أن يَنتفِعَ به ما لم يُضِرَّ بالمسلمين)؛ لأنَّ له حَقَّ المرور، ولا ضررَ فيه، فيُلْحَقُ ما هو في معناه به، إذِ المانعُ متعنِّتٌ.

---

(١) هو المُسْتراح، أي بيت الخلاء. البناية ١٦/٨١.

(٢) هو جِذْعٌ يُخرِجُه الإنسان من الحائط إلىٰ الطريق؛ ليبنيَ عليه. البناية ١٦/٨١.

فإذا أَضَرَّ بالمسلمين : كُرِهَ له ذلك.

وليس لأحدٍ من أهلِ الدَّرْب الذي ليس بنافذٍ أن يُشرِعَ كَنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذْنهم.

وإذا أَشْرَعَ في الطريق رَوْشَناً أو مِيزاباً أو نحوَه، فسَقَطَ علىٰ. . . . . .

(فإذا أَضَرَّ بالمسلمين: كُرِهَ له ذلك)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرَرَ ولا ضرارَ في الإسلام»[١].

قال: (وليس لأحدٍ من أهلِ الدَّرْب الذي ليس بنافذٍ أن يُشرِعَ كَنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذْنهم)؛ لأنها مملوكةٌ لهم، ولهذا وجبتِ الشفعةُ لهم علىٰ كلِّ حال، فلا يجوزُ التصرُّفُ، أضرَّ بهم أو لم يُضِرَّ إلا بإذنهم.

وفي الطريقِ النافذ: له التصرُّفُ إلا إذا أَضَرَّ بهم؛ لأنه يتعذَّرُ الوصولُ إلىٰ إذْنِ الكلِّ، فجُعِلَ في حقِّ كلِّ واحدٍ كأنه هو المالكُ وحدَه حُكْماً؛ كي لا يتعطَّلَ عليه طريقُ الانتفاع.

ولا كذلك غيرُ النافذِ؛ لأنَّ الوصولَ إلىٰ إرضائهم ممكنٌ، فبقيَ علىٰ الشركةِ حقيقةً وحكماً.

قال: (وإذا أَشْرَعَ في الطريق رَوْشَناً[٢] أو مِيزاباً أو نحوَه، فسَقَطَ علىٰ

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٣٤٠)، وحسَّنه النووي في أربعينه، وفي أذكاره ص٣٥١، وأطال في تخريجه وذِكْر طرقه الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٤، الدراية ٢/٢٨٢.

(٢) هو الممر علىٰ العُلْو، وقيل: هو مثل الرفِّ، وقيل: الخشبة الموضوعة علىٰ جداري السطحين؛ ليتمكَّن من المرور، وقال الجوهري: هو الكُوَّة. البناية ١٦/٨٤، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: هو ما يخرجه الرجل من عمارته لأجل الضوء.

إنسانٍ، فعَطِبَ : فالديةُ علىٰ عاقلتِه .

وإن عَثَرَ بذلك رجلٌ، فوَقَعَ علىٰ آخَرَ، فماتا : فالضمانُ علىٰ الذي أحدثه فيهما .

وإن سَقَطَ الميزابُ : نُظِرَ : فإن أصاب ما كان منه في الحائطِ رجلاً، فقَتَلَه : فلا ضمانَ عليه .

وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط : فالضمانُ علىٰ الذي وَضَعَه فيه .

إنسانٍ، فعَطِبَ: فالديةُ علىٰ عاقلتِه)؛ لأنه مسبِّبٌ لتَلَفِه؛ متعدٍّ بشَغْلِ هواء الطريقِ، وهذا من أسبابِ الضمان، وهو الأصل.

وكذلك إذا سَقَطَ شيءٌ مما ذكرنا في أولِ الباب.

وكذا إذا تعثَّر بنُقْضِه[1] إنسانٌ، أو عَطِبَتْ به دابةٌ.

قال: (وإن عَثَرَ بذلك رجلٌ، فوَقَعَ علىٰ آخَرَ، فماتا: فالضمانُ علىٰ الذي أحدثه فيهما)؛ لأنه يصيرُ كالدافع إياه عليه.

قال: (وإن سَقَطَ الميزابُ: نُظِرَ: فإن أصاب ما كان منه في الحائطِ رجلاً، فقَتَلَه: فلا ضمانَ عليه)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ فيه؛ لِمَا أنه وَضَعَه في مِلكِه.

قال: (وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط: فالضمانُ علىٰ الذي وَضَعَه فيه)؛ لكونه متعدِّياً فيه، ولا ضرورةَ؛ لأنه يُمكِنُه أنْ يُركِّبَه في الحائط.

---

(١) هو البناء المنقوض.

ولا كفارةَ عليه، ولا يُحرَمُ عن الميراث.

ولو أصابه الطرفان جميعاً، وعُلِمَ ذلك: وَجَبَ نصفُ الديةِ، وهَدَرَ النصفُ، كما إذا جَرَحَه سَبُعٌ وإنسانٌ.

ولو لم يُعلَم أيُّ طَرَفٍ أصابه: يَضمنُ النصفَ.

ولو أَشرع جناحاً إلىٰ الطريق، ثم باع الدارَ، فأصاب الجَنَاحُ رجلاً، فقتَلَه، أو وَضَعَ خشبةً في الطريق، ثم باع الخشبةَ، وبرِئَ إليه منها، فتَرَكَها المشتري، حتىٰ عَطِبَ بها إنسانٌ: فالضمانُ علىٰ البائع.

ولو وَضَعَ في الطريق جَمْراً، فأحرق شيئاً: يضمَنُه.

(ولا كفارةَ عليه، ولا يُحرَمُ عن الميراث)؛ لأنه ليس بقاتلٍ حقيقةً.

قال: (ولو أصابه الطرفان جميعاً، وعُلِمَ ذلك: وَجَبَ نصفُ الديةِ، وهَدَرَ النصفُ، كما إذا جَرَحَه سَبُعٌ وإنسانٌ.

ولو لم يُعلَم أيُّ طَرَفٍ أصابه: يَضمنُ النصفَ)؛ اعتباراً للأحوال.

قال: (ولو أَشرع جناحاً إلىٰ الطريق، ثم باع الدارَ، فأصاب الجَنَاحُ رجلاً، فقتَلَه، أو وَضَعَ خشبةً في الطريق، ثم باع الخشبةَ، وبرِئَ إليه منها[1]، فتَرَكَها المشتري، حتىٰ عَطِبَ بها إنسانٌ: فالضمانُ علىٰ البائع)؛ لأن فِعْلَه وهو الوضعُ لم ينفَسِخْ بزوال ملكِه، وهو الموجِبُ.

قال: (ولو وَضَعَ في الطريق جَمْراً، فأحرق شيئاً: يضمَنُه)؛ لأنه متعدٍّ فيه.

---

(١) أي برئ البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة. البناية ١٦/٨٦.

ولو حَرَّكَتْه الرِّيحُ إلىٰ موضعٍ آخَرَ، ثم أحرق شيئاً : لا يضمنُه.

وقيل : إذا كان اليومُ رَيِّحاً : يضمنُه.

ولو استأجر ربُّ الدارِ الفَعَلَةَ لإخراج الجَنَاحِ أو الظُّلَّةِ، فوقع، فقَتَلَ إنساناً قبلَ أن يَفرُغوا من العمل : فالضمانُ عليهم.

قال: (ولو حَرَّكَتْه الرِّيحُ إلىٰ موضعٍ آخَرَ، ثم أحرق شيئاً: لا يضمنُه)؛ لنَسْخِ الريحِ فِعْلَه.

(وقيل: إذا كان اليومُ رَيِّحاً[1]: يضمنُه)؛ لأنه فَعَلَه مع عِلْمِه بعاقبته، وقد أفضىٰ إليها، فجُعِلَ كمباشرته[2].

قال: (ولو استأجر ربُّ الدارِ الفَعَلَةَ[3] لإخراج الجَنَاحِ أو الظُّلَّةِ، فوقع، فقَتَلَ إنساناً قبلَ أن يَفرُغوا من العمل: فالضمانُ عليهم)، لأن التلفَ بفعلهم، وما لم يَفرُغوا من العمل: لم يكنِ العملُ[4] مسلَّماً إلىٰ ربِّ الدار.

وهذا لأنه انقلب فِعْلُهم قَتْلاً، حتىٰ وَجَبَتْ عليهمُ الكفارةُ، والقتلُ غيرُ داخلٍ في عقدِه، فلم يَنتقِل[5] فِعْلُهم إليه[6]، فاقتُصِرَ عليهم.

---

(١) أي شديد الرِّيح.

(٢) وهو اختيار الإمام السرخسي. البناية ١٦/٨٧.

(٣) جمع: فاعل، وفي نُسخ: العَمَلَة.

(٤) وفي نُسخ: لا يصير مسلَّماً.

(٥) وفي نُسخ: يتسلَّم.

(٦) أي إلىٰ المستأجر.

وإن سَقَطَ بعد فراغِهم: فالضمانُ علىٰ ربِّ الدار؛ استحساناً.

وكذا إذا صَبَّ الماءَ في الطريق، فعَطِبَ به إنسانٌ أو دابةٌ، وكذا إذا رشَّ الماءَ، أو توضأ.

بخلافِ ما إذا فَعَلَ ذلك في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، وهو مِن أهلها، أو قَعَدَ، أو وَضَعَ مَتاعَه.

ولو تعمَّدَ المرورَ في موضعِ صَبِّ الماءِ، فسَقَطَ: لا يَضمنُ الرَّاشُّ.

قال: (وإن سَقَطَ بعد فراغِهم: فالضمانُ علىٰ ربِّ الدار؛ استحساناً)؛ لأنه صحَّ الاستئجارُ، حتىٰ استحقُّوا الأجرَ، ووَقَعَ فِعْلُهم عِمارةً وإصلاحاً، فانتقل فِعْلُهم إليه، فكأنه فَعَلَ بنفسه، فلهذا يضمنُه.

قال: (وكذا إذا صَبَّ الماءَ في الطريق، فعَطِبَ به إنسانٌ أو دابةٌ، وكذا إذا رشَّ الماءَ، أو توضأ)؛ لأنه متعدٍّ فيه بإلحاقِ الضررِ بالمارَّةِ.

قال: (بخلافِ ما إذا فَعَلَ ذلك في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، وهو مِن أهلها، أو قَعَدَ، أو وَضَعَ مَتاعَه)؛ لأن لكلِّ واحدٍ أن يفعلَ ذلك فيها؛ لكونه من ضروراتِ السُّكنىٰ، كما في الدار المشتركة.

قالوا: هذا إذا رَشَّ ماءً كثيراً، بحيث يُزْلَقُ به عادةً، أما إذا رَشَّ ماءً قليلاً، كما هو المعتادُ، والظاهرُ أنه لا يُزلَقُ به عادةً: لا يَضمَنُ.

قال: (ولو تعمَّدَ المرورَ في موضعِ صَبِّ الماءِ، فسَقَطَ: لا يَضمنُ الرَّاشُّ)؛ لأنه صاحبُ عِلَّةٍ[1].

---

(١) أي الذي تعمَّد المرورَ صاحب علة؛ لأن السقوط من فِعْلِه، وهو متعمد.

وإن رَشَّ جميعَ الطريقِ : يضمنُ .

ولو رَشَّ فِناءَ حانوتٍ بإذنِ صاحبِه : فضمانُ ما عَطِبَ علىٰ الآمِرِ؛ استحساناً .

وإذا استأجر أجيراً ليبنيَ له في فِنَاءِ حانوتِه، فتعقَّلَ به إنسانٌ بعد فراغِه، فمات : يجبُ الضمانُ علىٰ الآمِرِ؛ استحساناً .

وقيل: هذا إذا رَشَّ بعضَ الطريقِ؛ لأنه يجدُ موضعاً للمرور لا أثرَ للماء فيه.

فإذا تعمَّدَ المرورَ علىٰ موضعٍ صُبَّ الماءُ فيه، مع علمِه بذلك: لم يكن علىٰ الراشِّ شيءٌ.

قال: (وإن رَشَّ جميعَ الطريقِ: يضمنُ)؛ لأنه مضطرٌ في المرور.

وكذلك الحكمُ في الخشبةِ الموضوعةِ في الطريقِ في أَخْذِها جميعَه[1] أو بعضَه.

قال: (ولو رَشَّ فِناءَ حانوتٍ بإذنِ صاحبِه: فضمانُ ما عَطِبَ علىٰ الآمِرِ؛ استحساناً.

وإذا استأجر أجيراً ليبنيَ له في فِنَاءِ حانوتِه، فتعقَّلَ[2] به إنسانٌ بعد فراغِه، فمات: يجبُ الضمانُ علىٰ الآمِرِ؛ استحساناً.

---

(١) أي في أَخْذِ الخشبة جميعَ الطريق أو بعضَه.

(٢) أي نشب وعلق بالبناء.

ولو كان أَمَرَه بالبناء في وسطِ الطريق: فالضمانُ علىٰ الأجير.

ومَن حَفَرَ بئراً في طريق المسلمين، أو وَضَعَ حَجَراً، فتَلِفَ بذلك إنسانٌ: فديتُه علىٰ عاقلتِه، وإن تَلِفَتْ بهيمةٌ: فضمانُها في مالِه.

ولو وَضَعَ حَجَراً، فنحَّاه غيرُه عن موضعِه، فعَطِبَ به إنسانٌ: فالضمانُ علىٰ الذي نحَّاه.

ولو كان أَمَرَه بالبناء في وسطِ الطريق: فالضمانُ علىٰ الأجير)؛ لفساد الأمر.

قال: (ومَن حَفَرَ بئراً في طريق المسلمين، أو وَضَعَ حَجَراً، فتَلِفَ بذلك إنسانٌ: فديتُه علىٰ عاقلتِه، وإن تَلِفَتْ بهيمةٌ: فضمانُها في مالِه)؛ لأنه متعدٍّ فيه، فيضمنُ ما يتولَّدُ منه، غيرَ أن العاقلةَ تتحمَّلُ النفسَ، دون المال، فكان ضمانُ البهيمةِ في ماله.

وإلقاءُ الترابِ، واتخاذُ الطينِ في الطريق: بمنزلة إلقاءِ الحَجَرِ والخشبةِ؛ لِمَا ذكرنا.

بخلافِ ما إذا كَنَسَ الطريقَ، فعَطِبَ بموضعِ كَنْسِه إنسانٌ، حيث لا يضمَنْ؛ لأنه ليس بمتعدٍّ، فإنه ما أحدَثَ شيئاً فيه، إنما قَصَدَ دَفْعَ الأذىٰ عن الطريق.

حتىٰ لو جَمَعَ الكُنَاسةَ في الطريق، وتعقَّلَ به إنسانٌ: كان ضامناً؛ لتعدِّيه بشَغْلِه.

قال: (ولو وَضَعَ حَجَراً، فنحَّاه غيرُه عن موضعِه، فعَطِبَ به إنسانٌ: فالضمانُ علىٰ الذي نحَّاه).

وفي «الجامع الصغير» : في البالوعةِ يَحفِرُها الرجلُ في الطريق، فإنْ أَمَرَه السلطانُ بذلك، أو أجبَرَه عليه : لم يضمَنْ.

وإنْ كان بغير أَمْرِه : فهو متعدٍّ، إما بالتصرُّف في حقِّ غيرِه، أو بالافتيات علىٰ رأيِ الإمام، أو هو مباحٌ مقيَّدٌ بشرط السلامة.

وكذا الجوابُ علىٰ هذا التفصيل في جميع ما فُعِلَ في طريق العامة، مما ذكرناه، وغيرِه.

وكذا إن حَفَرَه في ملكِه : لم يضمنُ.

لأن حُكْمَ فِعْلِه قد انتسخ؛ لفراغِ[1] ما شَغَلَه، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضعٌ آخَرُ.

قال: (وفي «الجامع الصغير[2]»: في البالوعةِ يَحفِرُها الرجلُ في الطريق، فإنْ أَمَرَه السلطانُ بذلك، أو أجبَرَه عليه: لم يضمَنْ)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ؛ حيث فَعَلَ ما فَعَلَ بأمرِ مَن له الولايةُ في حقوق العامة.

قال: (وإنْ كان بغير أَمْرِه: فهو متعدٍّ، إما بالتصرُّف في حقِّ غيرِه، أو بالافتيات علىٰ رأيِ الإمام، أو هو مباحٌ مقيَّدٌ بشرط السلامة.

وكذا الجوابُ علىٰ هذا التفصيل في جميع ما فُعِلَ في طريق العامة، مما ذكرناه، وغيرِه)؛ لأنَّ المعنىٰ لا يختلِفُ.

قال: (وكذا إن حَفَرَه في ملكِه: لم يضمنُ)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ.

---

(١) وفي نُسخ: بِفراغ.

(٢) ص٢٥١.

وكذا إذا حَفَرَه في فِناء دارِه.

وقيل: هذا إذا كان الفِناءُ مملوكاً له، أو كان له حَقُّ الحَفْرِ فيه.

ولو حَفَرَ في الطريق، ومات الواقعُ فيه جُوْعاً، أو غَمّاً: لا ضمانَ علىٰ الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جُوعاً: فكذلك، وإن مات غَمّاً: . .

قال: (وكذا إذا حَفَرَه[1] في فِناء دارِه[2])؛ لأنَّ له ذلك؛ لمصلحةِ دارِه، والفِناءُ في تصرُّفه.

(وقيل: هذا إذا كان الفِناءُ مملوكاً له، أو كان له حَقُّ الحَفْرِ فيه)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ، أما إذا كان لجماعةِ المسلمين، أو مشتركاً، بأن كان في سِكَّةٍ غيرِ نافِذَةٍ: فإنه يَضمنُه؛ لأنه مسبِّبٌ متعدٍّ، وهذا صحيحٌ.

قال: (ولو حَفَرَ في الطريق، ومات الواقعُ فيه جُوْعاً، أو غَمّاً[3]: لا ضمانَ علىٰ الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه مات لمعنىً في نفسِه[4]، فلا يُضافُ إلىٰ الحفر، والضمانُ إنما يجبُ إذا مات من الوقوع.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جُوعاً: فكذلك، وإن مات غَمّاً:

---

(١) وفي نُسخ: حفر.

(٢) أي وإن لم يكن الفناء ملكه. حاشية سعدي.

(٣) أي اختناقاً بالعفونة.

(٤) أما الجوع: فظاهرٌ، وأما الغَمُّ: فلضعف مِزاجه، أو للاختناق بالعفونة.

فالحافِرُ ضامنٌ له.

وإن استأجر أُجَرَاءَ، فحَفَروها له في غيرِ فِنائه: فذلك علىٰ المستأجِر، ولا شيءَ علىٰ الأُجَرَاءِ إن لم يَعلَموا أنها في غيرِ فِنائه.

فالحافِرُ ضامنٌ له)؛ لأنه لا سببَ للغَمِّ سوىٰ الوقوع، أما الجوعُ فلا يختصُّ بالبئر.

وقال محمدٌ رحمه الله: هو ضامِنٌ في الوجوهِ كلِّها؛ لأنه إنما حَدَثَ بسبب الوقوع، إذْ لولاه: لكان الطعامُ قريباً منه.

قال: (وإن استأجر أُجَرَاءَ، فحَفَروها له في غيرِ فِنائه: فذلك علىٰ المستأجِر، ولا شيءَ علىٰ الأُجَرَاءِ إن لم يَعلَموا أنها في غيرِ فِنائه)؛ لأنَّ الإجارةَ صحَّتْ ظاهراً إذا لم يعلموا، فنُقِلَ فِعْلُهم إليه؛ لأنهم كانوا مغرورين[(١)].

فصار كما إذا أَمَرَ آخَرَ بذَبْحِ هذه الشاة، فذَبَحَها، ثم ظَهَرَ أن الشاةَ لغيره، إلا أن هناك يضمنُ المأمورُ، ويرجعُ علىٰ الآمر؛ لأن الذابحَ مباشِرٌ، والآمِرُ مسبِّبٌ، والترجيحُ للمباشرة، فيضمنُ المأمورُ، ويرجعُ للمغرور.

وهنا يجبُ الضمانُ علىٰ المستأجِرِ ابتداءً؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مسبِّبٌ، والأجيرُ غيرُ متعدٍّ، والمستأجرُ متعدٍّ، فيُرجَّحُ جانبُه.

وإن عَلِموا ذلك: فالضمانُ علىٰ الأُجَرَاءِ؛ لأنه لم يَصِحَّ أمرُه بما ليس بمملوكٍ له، ولا غرورَ، فبقِيَ الفعلُ مضافاً إليهم.

---

(١) وفي نُسخ: معذورين.

ومَن جَعَلَ قَنْطَرَةً بغيرِ إذنِ الإمامِ، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها، فعَطِبَ: فلا ضمانَ علىٰ الذي جَعَلَ القَنطرةَ.

وكذلك إن وَضَعَ خشبةً في الطريق، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها.

وإن قال لهم: هذا فِنائي، وليس لي فيه حَقُّ الحَفْرِ، فحفروا، فمات فيه إنسانٌ: فالضمانُ علىٰ الأُجَراء؛ قياساً؛ لأنهم عَلِمُوا بفساد الأمر، فما غَرَّهم.

وفي الاستحسان: الضمانُ علىٰ المستأجِر؛ لأنَّ كونَه فِناءً له: بمنزلة كونه مملوكاً له؛ لانطلاق يدِه في التصرُّفِ فيه، مِن إلقاءِ الطينِ والحَطَبَ، وربْطِ الدابةِ، والركوبِ، وبناءِ الدُّكَّانِ، فكان الأمرُ بالحفر في مِلْكِه ظاهراً بالنظر إلىٰ ما ذكرنا، فكفىٰ ذلك لنقل الفعلِ إليه.

قال: (ومَن جَعَلَ قَنْطَرَةً بغيرِ إذنِ الإمامِ، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها، فعَطِبَ: فلا ضمانَ علىٰ الذي جَعَلَ القَنطرةَ[١].

وكذلك إن وَضَعَ خشبةً في الطريق، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها)؛ لأن الأولَ[٢]: تَعَدٍّ، وهو تسبيبٌ، والثاني[٣]: تعدٍّ، وهو مباشرةٌ، فكانتِ الإضافةُ إلىٰ المباشِرِ أَوْلَىٰ.

ولأنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فاعلٍ مختارٍ: يَقطعُ النسبةَ، كما في الحافِرِ مع المُلقِي.

---

(١) وفي نُسخ: علىٰ الذي قَنْطَرَها.

(٢) أي جَعْلُ القنطرة، ووَضْع الخشبة. البناية ١٦/٩٤.

(٣) أي مرور المارِّ.

ومَن حَمَلَ شيئاً في الطريق، فسَقَطَ علىٰ إنسانٍ، فعَطِبَ به : فهو ضامنٌ.

وإن كان رداءً قد لَبِسَه، فسقط عنه، فعَطِبَ به إنسانٌ : لم يَضمَنْ.

قال: (ومَن حَمَلَ شيئاً في الطريق، فسَقَطَ علىٰ إنسانٍ، فعَطِبَ به: فهو ضامنٌ).

وكذا إذا سَقَطَ، فتعثَّرَ به إنسانٌ.

قال: (وإن كان رداءً قد لَبِسَه، فسقط عنه، فعَطِبَ به إنسانٌ: لم يَضمَنْ).

وهذا اللفظُ[١] يشملُ الوجهَيْن[٢]، والفرقُ: أن حاملَ الشيءِ قاصدٌ حِفْظَه، فلا حَرَجَ في التقييد بوصف السلامة، واللابِسُ لا يَقصِدُ حِفْظَ ما يَلبَسُه، فيُحرَجُ[٣] بالتقييد بما ذكرنا[٤]، فجعلناه[٥] مباحاً مطلقاً[٦].

وعن محمد رحمه الله: أنه إذا لَبِسَ ما لا يَلبَسُه عادةً: فهو كالحامِلِ؛ لأنَّ الحاجةَ لا تدعو إلىٰ لُبْسِه.

---

(١) أي لفظ: فعطب.

(٢) أي التعثر، والسقوط.

(٣) بالحاء المهملة، من: الحرج، وجاء في طبعات الهداية القديمة بالخاء: يُخرج، وكذلك في بعض نُسخ الهداية.

(٤) أي بوصف السلامة.

(٥) أي اللُّبس.

(٦) أي من غير شرط السلامة.

وإذا كان المسجدُ للعَشِيرة، فعَلَّقَ رجلٌ منهم فيه قِنْديلاً، أو جَعَلَ فيه بَوَارِيَ، أو حَصَاةً، فعَطِبَ به رجلٌ: لم يضمن.

وإن كان الذي فَعَلَ ذلك من غيرِ العشيرة: ضَمِنَ.

وقالا: لا يضمنُ في الوجهَيْن جميعاً.

قال: (وإذا كان المسجدُ للعَشِيرة[1]، فعَلَّقَ رجلٌ منهم فيه قِنْديلاً، أو جَعَلَ فيه بَوَارِيَ[2]، أو حَصَاةً، فعَطِبَ به رجلٌ: لم يضمن.

وإن كان الذي فَعَلَ ذلك من غيرِ العشيرة: ضَمِنَ).

قالوا: هذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

(وقالا: لا يضمنُ في الوجهَيْن جميعاً)؛ لأنَّ هذه من القُرَب، وكلُّ أحدٍ مأذونٌ في إقامتِها، فلا تتقيَّدُ بشرط السلامة، كما إذا فَعَلَه بإذنِ واحدٍ من أهلِ المسجد.

ولأبي حنيفة رحمه الله، وهو الفَرْقُ: أن التدبيرَ فيما يتعلق بالمسجد: لأهله، دونَ غيرِهم، كنَصْبِ الإمام، واختيارِ المتولِّي، وفَتْحِ بابه وإغلاقِه، وتكْرارِ الجماعةِ إذا سَبَقَهم بها غيرُ أهلِه، فكان فعلُهم مباحاً مطلقاً، غيرَ مقيَّدٍ بشرط السلامة، وفِعْلُ غيرِهم: تعدِّياً، أو مباحاً مقيَّداً بشرط السلامة.

---

(١) العشيرة: القبيلة، والمراد هنا: أهل المسجد. البناية ٩٦/١٦.

(٢) جمع: بوريا أو باري: أي الحصير من القصب. ينظر القاموس المحيط، وفي نُسخ: بتشديد الياء: بَوَارِيَّ.

وإنْ جَلَسَ فيه رجلٌ منهم، فعَطِبَ به رجلٌ: لم يضمنْ إن كان في الصلاة.

وإن كان في غيرِ الصلاة: ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمنُ علىٰ كلِّ حالٍ.

وقَصْدُ القُرْبة لا ينافي الغرامةَ إذا أخطأَ الطريقَ، كما إذا تفرَّدَ بالشهادة علىٰ الزنا، والطريقُ فيما نحن فيه: الاستئذانُ من أهلِه.

قال: (وإنْ جَلَسَ فيه رجلٌ منهم[1]، فعَطِبَ به[2] رجلٌ: لم يضمنْ إن كان[3] في الصلاة.

وإن كان في غيرِ الصلاة: ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمنُ علىٰ كلِّ حالٍ).

ولو كان جالساً لقراءة القرآنِ، أو للتعليمِ، أو للصلاةِ، أو نام فيه في أثناء الصلاة، أو نام في غيرِ الصلاة، أو مَرَّ فيه ماراًّ، أو قَعَدَ فيه لحديثٍ: فهو علىٰ هذا الاختلاف.

وأما المُعتكِفُ: فقد قيل: علىٰ هذا الاختلاف.

وقيل: لا يضمنُ بالاتفاق.

لهما: أن المسجدَ إنما بُنِيَ للصلاة والذِّكْرِ، ولا يُمكِنُه أداءُ الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، فكان الجلوسُ فيه مباحاً؛ لأنه من ضرورات الصلاة.

---

(١) أي من أهل المسجد.

(٢) أي بالجالس.

(٣) أي الجالس في المسجد.

. . . .

أو لأنَّ المنتظِرَ للصلاة: في الصلاة حُكماً؛ بالحديث[١]، فلا يضمنُ، كما إذا كان في الصلاة.

وله: أن المسجدَ إنما بُنِيَ للصلاة، وهذه الأشياءُ مُلحَقَةٌ بها، فلا بدَّ من إظهارِ التفاوت، فجعلنا الجلوسَ للأصل[٢]: مباحاً مطلَقاً، والجلوسَ لِمَا يُلْحَقُ به[٣]: مباحاً مقيَّداً بشرط السلامة.

ولا غَرْوَ أن يكونَ الفعلُ مباحاً، أو مندوباً إليه، وهو مقيَّدٌ بشرط السلامة، كالرمي إلىٰ الكافر، أو إلىٰ الصيد، والمشيِ في الطريق، والمشيِ في المسجد إذا وَطِئ غيرَه، والنومِ فيه إذا انقَلَبَ علىٰ غيرِه.

وإن جَلَسَ رجلٌ من غيرِ العشيرةِ فيه للصلاة، فتعقَّلَ[٤] به إنسانٌ: ينبغي أن لا يضمنَ؛ لأن المسجدَ بُنِيَ للصلاة، وأَمْرُ الصلاةِ بالجماعةِ إنْ كان مُفوَّضاً إلىٰ أهل المسجد: فلكلِّ واحدٍ من المسلمين أنْ يصليَ فيه وحدَه، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يزال العبد في صلاة ما كان في مُصلاَّه ينتظر الصلاة»، أخرجه مسلم في صحيحه (٦٤٩).

وأنبه هنا إلىٰ أن الزيلعي لم يتعرض لتخريجه في نصب الراية ٣٨٦/٤، ولا ابن حجر في الدراية ٢٨٢/٢، ولا العيني في البناية ٩٨/١٦، ٩٩.

(٢) وفي نُسخ: للصلاة.

(٣) أي بالأصل، وهو الصلاة.

(٤) وفي نُسخ: تعلَّق. أي نَشِبَ وعَلِقَ به.

فصلٌ

في الحائط المائل

وإذا مال الحائطُ إلىٰ طريقِ المسلمين، فطُوْلِبَ صاحبُه بنَقْضِه، وأُشهِدَ عليه، فلم يَنقُضْه في مدةٍ يَقْدِرُ ذلك علىٰ نَقْضِه حتىٰ سَقَطَ: ضَمِنَ ما تَلِفَ به من نفسٍ، أو مالٍ.

والقياسُ: أن لا يَضمَنَ.

فصلٌ

في الحائط المائل

قال: (وإذا مال الحائطُ إلىٰ طريقِ المسلمين، فطُوْلِبَ صاحبُه بنَقْضِه، وأُشهِدَ عليه، فلم يَنقُضْه في مدةٍ يَقْدِرُ ذلك علىٰ نَقْضِه حتىٰ سَقَطَ: ضَمِنَ ما تَلِفَ به من نفسٍ، أو مالٍ.

والقياسُ: أن لا يَضمَنَ)؛ لأنه لا صُنْعَ منه مباشرةً، ولا مباشرةَ شَرْطٍ هو متعدٍّ فيه؛ لأن أصلَ البناءِ كان في مِلْكِه، والمَيَلانُ وشَغْلُ الهواءِ ليس من فِعْلِه، فصار كما قبلَ الإشهاد.

وَجْهُ الاستحسان: أن الحائطَ لَمَّا مال إلىٰ الطريق: فقد شَغَلَ[1] هواءَ

---

(١) وفي نُسخ: اشتغل.

. . . .

طريقِ المسلمين بمِلْكِه، ورَفْعُه في يدِه، فإذا تُقُدِّم إليه، وطُولِبَ بتفريغه: يجبُ عليه، فإذا امتنع: صار متعدِّياً.

بمنزلة ما لو وَقَعَ ثوبُ إنسانٍ في حِجْرِه: يصيرُ متعدِّياً بالامتناع عن التسليم إذا طُولِبَ به، حتىٰ يضمنُ إذا هلك في يده، كذا هذا.

بخلاف ما قبلَ الإشهاد: لأنه بمنزلة هلاكِ الثوبِ قبلَ الطلب.

ولأنا لو لم نوجِبْ عليه الضمانَ: يمتنعُ عن التفريغِ، فينقطعُ المارَّةُ؛ حَذَراً علىٰ أنفسهم، فيتضرَّرون به، ودَفْعُ الضررِ العام: من الواجب[1]، وله تعلُّقٌ بالحائط، فيتعيَّنُ لدفع هذا الضرر، وكم من ضررٍ خاصٍّ يُتحمَّلُ لدفع العامِّ منه.

ثم فيما تَلِفَ به من النفوس: تجبُ الديةُ، وتتحمَّلُها العاقلةُ؛ لأنه في كونه جنايةً دونَ الخطأ، فيُستَحقُّ فيه التخفيفُ بالطريق الأَوْلىٰ؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ استئصاله، والإجحافِ به.

وما تَلِفَ به من الأموال، كالدوابِّ والعُروضِ: يجبُ ضمانُها في مالِه؛ لأن العواقلَ لا تعقِلُ المالَ.

والشرطُ: التقدُّم إليه، وطَلَبُ النَّقْضِ منه، دون الإشهاد، وإنما ذَكَرَ الإشهادَ؛ ليَتمكَّنَ الآمِرُ من إثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط.

---

(١) وفي نُسخ: المواجب.

ولو بنىٰ الحائطَ مائلاً في الابتداء : قالوا : يضمنُ ما تَلِفَ بسقوطه من غير إشهادٍ.

وتُقبلُ شهادةُ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن علىٰ التقدُّم.

ويستوي أنْ يطالِبَه بنَقْضِه مسلمٌ أو ذميٌّ.

وصورةُ الإشهادِ: أن يقولَ الرجلُ: اِشهَدُوا أني قد تقدَّمتُ إلىٰ هذا الرجلُ في هَدْمِ حائطِه هذا.

ولا يصحُّ الإشهادُ قبلَ أن يَهِيَ[1] الحائطُ؛ لانعدام التعدي.

قال: (ولو بنىٰ الحائطَ مائلاً في الابتداء: قالوا: يضمنُ ما تَلِفَ بسقوطه من غير إشهادٍ)؛ لأن البناءَ مائلاً: تَعَدٍّ ابتداءً، كما في إشراع الجَنَاحِ.

قال: (وتُقبلُ شهادةُ رجلَيْن[2]، أو رجلٍ وامرأتَيْن علىٰ التقدُّم)؛ لأن هذه ليست بشهادةٍ علىٰ القتل.

وشَرَطَ[3] التَّرْكَ في مدةٍ يقدِرُ علىٰ نَقْضِه فيها؛ لأنه لا بدَّ من إمكان النَّقْضِ؛ ليصيرَ بتَرْكه جانياً.

قال: (ويستوي أنْ يطالِبَه بنَقْضِه مسلمٌ أو ذميٌّ)؛ لأن الناسَ كلَّهم شركاءُ في المرورِ، فيصحُّ التقدُّمُ إليه من كلِّ واحدٍ منهم، رجلاً كان أو امرأةً، حرّاً كان أو مكاتباً.

---

(١) أي أن يميل، وفي نُسخ: يميل: بدل: يهي.

(٢) قوله: رجلين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، دون النسخ الخطية.

(٣) أي الإمامُ القدوريُّ. البناية ١٦/١٠٤، وضُبطت في نُسخ: وشُرِط.

وإن مال إلىٰ دارِ رجلٍ : فالمطالبةُ إلىٰ مالكِ الدار خاصةً .

وإن كان فيها سُكَّانٌ : لهم أن يطالبوه .

ولو أجَّلَه صاحبُ الدار ، أو أبرأه منها ، أو فَعَلَ ذلك ساكنوها : فذلك جائزٌ ، ولا ضمانَ عليه فيما تَلِفَ بالحائط .

ولو باع الدارَ بعد ما أُشهِدَ عليه ، وقَبَضَها المشتري : بَرِئَ من ضمانِه .

ويصحُّ التقدُّم إليه عند السلطان وغيره؛ لأنه مطالبةٌ بالتفريغ، فيتفرَّدُ كلُّ صاحبِ حَقٍّ به.

قال: (وإن مال إلىٰ دارِ رجلٍ: فالمطالبةُ إلىٰ مالكِ الدار خاصةً)؛ لأن الحَقَّ له علىٰ الخصوص.

قال: (وإن كان فيها سُكَّانٌ: لهم أن يطالبوه)؛ لأنَّ لهم المطالبةَ بإزالة ما شَغَلَ الدارَ، فكذا بإزالة ما شَغَلَ هواءَها.

قال: (ولو أجَّلَه صاحبُ الدار، أو أبرأه منها، أو فَعَلَ ذلك ساكنوها: فذلك جائزٌ، ولا ضمانَ عليه[1] فيما تَلِفَ بالحائط)؛ لأن الحقَّ لهم.

بخلاف ما إذا مال إلىٰ الطريقِ، فأجَّله القاضي، أو مَن أَشهَدَ عليه؛ حيث لا يصح؛ لأن الحَقَّ لجماعة الناس، وليس إليهما إبطالُ حَقِّهم.

قال: (ولو باع الدارَ بعد ما أُشهِدَ عليه، وقَبَضَها المشتري: بَرِئَ من ضمانِه)؛ لأن الجنايةَ: بتَرْكِ الهدم مع تمكنِه، وقد زال تمكُّنُه بالبيع.

---

(١) أي علىٰ صاحب الحائط.

ولا ضمانَ علىٰ المشتري.

ولو أُشهِدَ عليه بعد شرائه: فهو ضامنٌ.

بخلاف إشراعِ الجَنَاحِ؛ لأنه كان جانياً بالوضع، ولم ينفسخْ بالبيع، فلا يَبرأُ، علىٰ ما ذكرنا.

(ولا ضمانَ علىٰ المشتري)؛ لأنه لم يُشهَدْ عليه بعد شرائه.

قال: (ولو أُشهِدَ عليه بعد شرائه: فهو ضامنٌ)؛ لتركه التفريغَ مع تَمكُّنه بعد ما طُولِبَ به.

والأصلُ: أنه يصحُّ التقدُّمُ إلىٰ كلِّ مَن يَتمكُّنُ من نَقْضِ الحائط، وتفريغِ الهواء، ومَن لا يَتمكَّنُ منه: لا يصحُّ التقدُّم إليه، كالمرتهنِ، والمستأجرِ، والمودَعِ، وساكنِ الدار.

ويصحُّ التقدُّمُ إلىٰ الراهن؛ لقُدْرتِه علىٰ ذلك بواسطة الفَكاك، وإلىٰ الوصيِّ، وإلىٰ أبي اليتيم، أو أمِّه في حائطِ الصبيِّ؛ لقيام الولاية.

وذَكَرَ الأمَّ في «الزيادات[1]».

والضمانُ في مالِ اليتيم؛ لأن فِعْلَ هؤلاء كفعله.

وإلىٰ المكاتَبِ؛ لأنَّ الولايةَ له.

وإلىٰ العبدِ التاجرِ، سواءٌ كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ لأنَّ ولايةَ النَّقْضِ له.

ثم التالفُ بالسقوط إن كان مالاً: فهو في عُنُقِ العبد[2].

---

(١) أي للإمام محمد رحمه الله. وينظر البناية ١٦/١٠٦.

(٢) أي يُباع العبدُ فيه، كما يباع في ديون تجارته. البناية ١٦/١٠٧ .

ولو سقط الحائطُ المائلُ علىٰ إنسانٍ بعد الإشهاد، فقتَلَه، فتعثَّرَ بالقتيل غيرُه، فعَطِبَ: لا يضمنُه، وإن عَطِبَ بالنُّقْض: ضَمِنَه.

والإشهادُ علىٰ الحائط المائل: إشهادٌ علىٰ النُّقْض.

ولو عَطِبَ بجَرَّةٍ كانت علىٰ الحائط، فسَقَطَتْ بسقوطه، وهي مِلكُه: ضَمِنَه، وإن كان مِلْكَ غيرِه: لا يَضمنُه.

وإن كان نَفْساً: فهو علىٰ عاقلة المولىٰ؛ لأن الإشهادَ من وَجْهٍ علىٰ المولىٰ، وضمانُ المالِ أليقُ بالعبد، وضمانُ النَّفْس بالمولىٰ.

ويصحُّ التقدُّمُ إلىٰ أحدِ الورثةِ في نصيبه وإن كان لا يَتَمكَّنُ من نَقْضِ الحائط وحدَه؛ لتمكُّنِه من إصلاحِ نصيبِه بطريقِه، وهو المرافعةُ إلىٰ القاضي.

قال: (ولو سقط الحائطُ المائلُ علىٰ إنسانٍ بعد الإشهاد، فقتَلَه، فتعثَّرَ بالقتيل غيرُه، فعَطِبَ: لا يضمنُه)؛ لأن التفريغَ عنه إلىٰ الأولياء، لا إليه.

قال: (وإن عَطِبَ بالنُّقْض: ضَمِنَه)؛ لأن التفريغَ إليه، إذِ النُّقْضِ ملكُه.

قال: (والإشهادُ علىٰ الحائط المائل: إشهادٌ علىٰ النُّقْض)؛ لأن المقصودَ امتناعُ الشَّغْل.

قال: (ولو عَطِبَ بجَرَّةٍ كانت علىٰ الحائط، فسَقَطَتْ بسقوطه، وهي مِلكُه: ضَمِنَه)؛ لأن التفريغَ إليه.

(وإن كان مِلْكَ غيرِه: لا يَضمنُه)؛ لأن التفريغَ إلىٰ مالكِها.

وإذا كان الحائطُ بين خمسةِ رجالٍ : أُشهِدَ علىٰ أحدِهم، فقَتَلَ إنساناً : ضَمِنَ خُمُسَ الدية.

وإن كانت دارٌ بين ثلاثةِ نَفَرٍ، فحَفَرَ أحدُهم فيها بئراً، أو بنىٰ حائطاً، فعَطِبَ به إنسانٌ : فعليه ثُلُثا الدية علىٰ عاقلتِه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : عليه نصفُ الدية علىٰ عاقلتِه، في الفصلَيْن.

قال: (وإذا كان الحائطُ بين خمسةِ رجالٍ: أُشهِدَ علىٰ أحدِهم، فقَتَلَ إنساناً: ضَمِنَ خُمُسَ الدية)، ويكونُ ذلك علىٰ عاقلتِه.

قال: (وإن كانت دارٌ بين ثلاثةِ نَفَرٍ، فحَفَرَ أحدُهم فيها بئراً)، والحَفْرُ كان بغير رضا الشريكَيْن الآخَرَيْن، (أو بنىٰ حائطاً، فعَطِبَ به إنسانٌ: فعليه ثُلُثا الدية[1] علىٰ عاقلتِه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: عليه نصفُ الدية علىٰ عاقلتِه، في الفصلَيْن).

لهما: أن التلفَ بنصيبِ مَن أُشهِدَ عليه: معتَبَرٌ، وبنصيبِ مَن لم يُشهَدْ عليه: هَدَرٌ، فكانا قسمَيْن، فانقسم نصفَيْن، كما مرَّ في عَقْرِ الأسدِ، ونَهْشِ الحيةِ، وجَرْحِ الرَّجُل.

وله: أن الموتَ حَصَلَ بعِلَّةٍ واحدةٍ، وهي[2] الثِّقَلُ المقدَّرُ، والعُمْقُ

---

(١) لكونه ظالماً في ثلثي نصيب شريكَيْه، فيضمن ثلثي الدية، ولا يلزم ثلث الدية من نصيبه؛ لكونه غير متعدٍّ فيه. السقاية لعطشان الهداية ٢/٦٠٩.

(٢) جاء في نُسخ الهداية المخطوطة والمطبوعة: وهو، بالتذكير، مع أن الواجب التأنيث، كما أثبتُّه، وكما جاء بالتأنيث في حاشية ابن عابدين ٥/٣٨٥ (ط بولاق).

. . . .

المُقدَّرُ»[١]؛ لأن أصلَ ذلك ليس بعِلَّةٍ، وهو القليلُ، حتىٰ يُعتبرُ كلُّ جزءٍ عِلَّةً، فتجتمِعُ العِلَلُ.

وإذا كان كذلك: يُضافُ إلىٰ العِلَّة الواحدة، ثم تُقسَمُ علىٰ أربابِها بقَدْر الملك.

بخلاف الجراحات، فإن كلَّ جَرَاحةٍ عِلَّةٌ للتلف بنفسها، صَغُرَتْ أو كَبُرَتْ، علىٰ ما عُرِف، إلا أنَّ عند المزاحمة: أُضيفَ إلىٰ الكلِّ؛ لعدم الأَوْلويَّة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب

جناية البهيمة، والجناية عليها

الراكبُ ضامِنٌ لِمَا أوطأَتِ الدابةُ، وما أصابَتْه بيدِها أو رِجْلِها أو رأسِها، أو كَدَمَتْ أو خَبَطَتْ، وكذا إذا صَدَمَتْ.

ولا يَضمَنُ ما نَفَحَتْ برِجْلِها، أو ذَنَبِها.

باب

جناية البهيمة، والجناية عليها، وما يتصل بذلك

قال: (الراكبُ ضامِنٌ لِمَا أوطأَتِ الدابةُ[1]، وما[2] أصابَتْه بيدِها أو رِجْلِها أو رأسِها، أو كَدَمَت[3] أو خَبَطَت[4]، وكذا إذا صَدَمَتْ.

ولا يَضمَنُ ما نَفَحَت[5] برِجْلِها، أو ذَنَبِها).

والأصلُ: أنَّ المرورَ في طريق المسلمين مباحٌ، مقيَّدٌ بشرط السلامة؛

---

(١) من نفسٍ أو مالٍ.

(٢) وفي نُسخ: بدون واو، ويكون قوله: ما أصابت: علىٰ البدلية.

(٣) الكدم: العضُّ بمقدَّم الأسنان.

(٤) الخبط: الضرب باليد.

(٥) النفح: الضرب بحدِّ الحافر.

فإن أوقَفَها في الطريق : ضَمِنَ النَّفْحَةَ أيضاً.

وإن أصابَتْ بيدِها أو برِجْلها حصاةً أو نواةً، أو أثارَتْ غُباراً، . . . . .

لأنه يَتصرَّفُ[(١)] في حَقِّه من وَجْهٍ، وفي حَقِّ غيرِه من وَجْهٍ؛ لكونه مشتركاً بين كلِّ الناس، فقلنا بالإباحة مقيَّداً بما ذَكَرْنا؛ ليعتدِلَ النظرُ من الجانبَيْن.

ثم إنما يتقيَّدُ بشرط السلامة فيما[(٢)] يُمكنُ الاحترازُ عنه، ولا يتقيَّدُ بها فيما لا يُمكِنُ التحرُّزُ عنه؛ لِمَا فيه من المنع من التصرف، وسَدِّ بابِه وهو مفتوحٌ.

والاحترازُ عن الإيطاءِ، وما يضاهيه ممكنٌ، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيَّدناه بشرط السلامة عنه.

والنَّفْحةُ بالرِّجْل والذَّنَبِ ليس يُمكِنُه الاحترازُ عنه مع السير[(٣)] علىٰ الدابة، فلم يتقيَّد به.

قال: (فإن أوقَفَها في الطريق: ضَمِنَ النَّفْحَةَ أيضاً)؛ لأنه يُمكِنُه التحرُّزُ عن الإيقاف وإن لم يُمكِنْه التحرُّزُ عن النَّفْحةِ، فصار متعدِّياً في الإيقاف، وشَغْلِ الطريقِ به، فيَضمَنُه؛ لأن الطريقَ للسلوك، لا للإيقاف[(٤)].

قال: (وإن أصابَتْ بيدِها أو برِجْلها حصاةً أو نواةً، أو أثارَتْ غُباراً،

---

(١) وفي نُسخ: تصرُّفٌ.

(٢) هكذا: فيما: في طبعات الهداية القديمة، وفي النُّسخ الخطية: عما.

(٣) وفي نُسخ: التسيير.

(٤) قوله: لأن الطريق للسلوك، لا للإيقاف: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ.

أو حَجَراً صغيراً، ففقَأَ عَيْنَ إنسانٍ، أو أفسدَ ثوبَه : لم يَضمَنْ، وإن كان حَجَراً كبيراً : ضَمِنَ.

فإن راثَتْ، أو بالَتْ في الطريق، وهي تسيرُ، فعَطِبَ به إنسانٌ : لم يضمَنْ، وكذا إذا أوقفَها لذلك.

وإن أوقفَها لغير ذلك، فعَطِبَ إنسانٌ برَوْثِها أو بَوْلِها : ضَمِنَ.

والسائقُ ضامِنٌ لِمَا أصابتْ بيدِها، أو رِجْلِها.

أو حَجَراً صغيراً، ففقَأَ عَيْنَ إنسانٍ، أو أفسدَ ثوبَه: لم يَضمَنْ، وإن كان حَجَراً كبيراً: ضَمِنَ)؛ لأنه في الوجه الأول: لا يُمكِنُ التحرُّزُ عنه، إذْ سَيْرُ الدوابِّ لا يَعْرَىٰ عنه، وفي الثاني: ممكِنٌ؛ لأنه يَنفَكُّ عن السَّيْرِ عادةً، وإنما ذلك بتعنيفِ الراكب.

والمُرْتَدِفُ فيما ذكرناه: كالراكب؛ لأنَّ المعنىٰ لا يَختلِفُ.

قال: (فإن راثَتْ، أو بالَتْ في الطريق، وهي تسيرُ، فعَطِبَ به إنسانٌ: لم يضمَنْ)؛ لأنه من ضرورات السَّيْر، فلا يُمكِنُه الاحترازُ عنه.

قال: (وكذا إذا أوقفَها لذلك)؛ لأنَّ مِن الدوابِّ ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف.

قال: (وإن أوقفَها لغير ذلك، فعَطِبَ إنسانٌ برَوْثِها أو بَوْلِها: ضَمِنَ)؛ لأنه متعدٍّ في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السَّيْر.

ثم هو أكثرُ ضرراً بالمارَّةِ من السَّيْر؛ لِمَا أنه أدومُ منه، فلا يُلْحَقُ به.

قال: (والسائقُ ضامِنٌ لِمَا أصابتْ بيدِها، أو رِجْلِها.

والقائدُ ضامِنٌ لِمَا أصابَتْ بيدِها، دون رِجْلِها.

والقائدُ ضامِنٌ لِمَا أصابَتْ بيدِها، دون رِجْلِها).

والمرادُ من الرِّجل[١]: النَّفْحةُ.

قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَرَه القدوريُّ في «مختصره»، وإليه مال بعضُ المشايخ[٢] رحمهم الله.

ووجهُه: أن النَّفْحةَ بمَرْأىٰ عَيْنِ السائق، فيُمكِنُه الاحترازُ عنه، وغائبٌ عن بصرِ القائدِ، فلا يُمكِنُه التحرُّزُ عنه.

وقال أكثرُ المشايخ[٣] رحمهم الله: إن السائقَ لا يَضمَنُ النَّفْحةَ أيضاً وإن كان يراها، إذ ليس علىٰ رِجْلِها ما يَمنعُها به منها، فلا يُمكِنُه التحرُّزُ عنه.

بخلاف الكَدْمِ؛ لإمكانه كَبْحَها بلجامِها.

وبهذا تنطِقُ أكثرُ النُّسَخِ[٤]، وهو الأصحُّ.

وقال الشافعيُّ[٥] رحمه الله: يَضمَنون النَّفْحةَ كلُّهم؛ لأنَّ فِعْلَها مضافٌ إليهم.

والحجَّةُ عليه: ما ذَكَرْناه.

---

(١) أي في مسألة السائق والقائد.

(٢) أي بعض مشايخ العراق.

(٣) أي مشايخ ما وراء النهر.

(٤) أي نُسخ مختصر القدوري.

(٥) الحاوي الكبير ١٣/ ٤٧٠.

وفي «الجامع الصغير»: وكلُّ شيءٍ ضَمِنَه الراكبُ: ضَمِنَه السائقُ والقائدُ.

إلا أنَّ علىٰ الراكبِ الكفَّارةُ فيما أوطأَتْه الدابةُ بيدها أو برِجْلِها.

ولا كفارةَ عليهما، ولا علىٰ الراكبِ فيما وراءَ الإيطاء.

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «الرِّجْلُ: جُبَارٌ»[١]، معناه: النَّفْحةُ بالرِّجْل.

وانتقالُ الفعل[٢]: بتخويفِ القتل، كما في المُكرَه، وهذا تخويفٌ بالضرب.

(وفي «الجامع الصغير[٣]»: وكلُّ شيءٍ ضَمِنَه الراكبُ: ضَمِنَه السائقُ والقائدُ)؛ لأنهما مسبِّبَان بمباشرتهما شَرْطَ التلفَ، وهو تقريبُ الدابةِ إلىٰ مكانِ الجنايةِ، فيتقيَّدُ بشَرْطِ السلامة فيما يُمكِنُ الاحترازُ عنه، كالراكب.

قال: (إلا أنَّ علىٰ الراكبِ الكفَّارةُ فيما أوطأَتْه الدابةُ بيدها أو برِجْلِها. ولا كفارةَ عليهما[٤]، ولا علىٰ الراكبِ فيما وراءَ الإيطاء)؛ لأن

---

(١) سنن أبي داود (٤٥٩٢)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٣٦٩)، سنن النسائي الكبرىٰ (٥٧٥٦)، وفيه كلامٌ، ورواه محمد بن الحسن في الآثار مرسلاً، وينظر الدراية ٢/٢٨٣، التعريف والإخبار ٤/١٢٤، وأصله في الصحيحين (خ: ١٤٩٩، م: ١٧١٠) بلفظ: «العجماء جُبَارٌ»، ومعنىٰ جُبَار: أي هدرٌ.

(٢) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله.

(٣) ص٢٥٣.

(٤) أي السائق والقائد.

ولو كان راكبٌ وسائقٌ : قيل : لا يضمَنُ السائقُ ما أوطأَتِ الدابةُ .

وقيل : الضمانُ عليهما .

وإذا اصطدَم فارسان، فماتا : فعلىٰ عاقلةِ كلٍّ واحدٍ منهما ديةُ الآخَر .

الراكبَ مباشِرٌ فيه؛ لأن التلفَ بثِقَلِه، وثِقَلُ الدابة تَبَعٌ له؛ لأن[1] سَيْرَ الدابةِ مضافٌ إليه، وهي آلةٌ له، وهما مسبِّبان[2]؛ لأنه لا يتصل منهما إلىٰ المَحَلِّ شيءٌ.

وكذا الراكبُ في غيرِ الإيطاء، والكفارةُ حُكمُ المباشرة، لا حُكمُ التسبيب.

وكذا يتعلَّقُ بالإيطاءِ في حَقِّ الراكب حِرْمانُ الميراثِ، والوصيةِ، دون السائقِ والقائدِ؛ لأنه يختصُّ بالمباشرة.

قال: (ولو كان راكبٌ وسائقٌ: قيل: لا يضمَنُ السائقُ ما أوطأَتِ الدابةُ[3])؛ لأن الراكبَ مباشِرٌ فيه؛ لِمَا ذكرنا، والسائقُ مسبِّبٌ علىٰ ما ذكرناه، والإضافةُ إلىٰ المباشر أَوْلىٰ.

(وقيل: الضمانُ عليهما)؛ لأن كلَّ ذلك سببُ الضمان.

قال: (وإذا اصطدَم فارسان، فماتا: فعلىٰ عاقلةِ كلٍّ واحدٍ منهما ديةُ الآخَرِ).

---

(١) وفي نُسخ: فإن.

(٢) أي السائق والقائد.

(٣) وهو الصحيح، كما نقله العلامة سعدي في حاشيته علىٰ الهداية، عن الزيلعي في تبيين الحقائق ٦/ ١٥٠.

. . . .

وقال زفر والشافعيُّ[1] رحمهما الله: يجبُ علىٰ عاقلةِ كلٍّ واحدٍ منهما نصفُ ديةِ الآخَر؛ يُروىٰ ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أوجب علىٰ كلِّ واحدٍ نصفَ دية صاحبه[2].

ولأن كلَّ واحدٍ منهما مات بفِعْلِه وفعلِ صاحبِه؛ لأنه بصَدْمته: آلَمَ نفسَه وصاحبَه، فيُهدَرُ نصفُه، ويُعتبرُ نصفُه.

كما إذا كان الاصطدامُ عمداً، أو جَرَحَ كلُّ واحدٍ منهما نفسَه وصاحبَه جراحةً، أو حَفَرَا علىٰ قارعةِ الطريق بئراً، فانهار عليهما: يجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما النصفُ، فكذا هذا.

ولنا: أن الموتَ مضافٌ إلىٰ فِعْلِ صاحبه؛ لأنَّ فِعْلَه في نفسِه مباحٌ، وهو المشيُ في الطريق، فلا يَصلُحُ مَسْنَداً للإضافة في حَقِّ الضمان، كالماشي إذا لم يَعلم بالبئر، ووَقَعَ فيها: لا يُهدَرُ شيءٌ من دمِه، وفِعلُ صاحبِه وإن كان مباحاً، لكنَّ الفعلَ المباحَ في غيرِه سببٌ للضمان، كالنائم إذا انقلب علىٰ غيرِه.

وروي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه أوجبَ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما كلَّ الدية[3]، فتعارضتْ روايتاه، فرجَّحْنا بما ذكرنا.

---

(١) المهذب ٣/٢٠٧.

(٢) ما أثبتُّه من نص الأثر: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، قال في الدراية ٢/٢٨٢: لم أجده هكذا.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٨٣٢٦).

. . . .

وفيما ذَكَرَ[(١)] من المسائل: الفعلان محظوران، فوَضَحَ الفَرْقُ.

هذا الذي ذكرنا إذا كانا حُرَّيْن في العمد والخطأ.

ولو كانا عبدَيْن: يُهدَرُ الدمُ في الخطأ؛ لأن الجنايةَ تعلَّقتْ برقبته دَفْعاً وفِداءً، وقد فاتَتْ لا إلىٰ خَلَفٍ من غير فِعْلِ المولىٰ، فهُدِرَ ضرورةً.

وكذا[(٢)] في العمد؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما هَلَكَ بعد ما جنىٰ، ولم يُخْلِفْ بدلاً.

ولو كان أحدُهما حراً، والآخَرُ عبداً: ففي الخطأ: تجبُ علىٰ عاقلة الحرِّ المقتولِ قيمةُ العبدِ، فيأخذُها ورثةُ المقتولِ الحُرِّ؛ لأنه بدلُ العبد، ويبطلُ حَقُّ الحرِّ المقتولِ في الدية فيما زاد علىٰ القيمة.

لأن علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله تجبُ القيمةُ علىٰ العاقلة؛ لأنه ضمانُ الآدميِّ، فقد أخلَفَ بدلاً بهذا القَدْرِ، فيأخذُه ورثةُ الحُرِّ المقتولِ، ويبطلُ ما زاد عليه؛ لعدم الخَلَف.

وفي العمد: يجبُ علىٰ عاقلةِ الحُرِّ نصفُ قيمةِ العبدِ؛ لأنَّ المضمونَ هو النصفُ في العمد، وهذا القدرُ يأخذُه وليُّ المقتول.

وما علىٰ العبدِ في رقبته، وهو نصفُ ديةِ الحُرِّ: يسقطُ بموته، إلا قَدْرَ ما أخلَفَ من البدل، وهو نصفُ القيمة.

---

(١) أي الخصم.

(٢) أي وكذا الحكم في العمد، فهو هنا بمنزلة الخطأ. الكفاية ٩/٢٦٢.

ومَن ساق دابةً، فوقَعَ السَّرْجُ علىٰ رجلٍ، فقتَلَه : ضَمِنَ .

ومَن قاد قِطاراً : فهو ضامِنٌ لِمَا أوطأ، فإن وطئ بعيرٌ إنساناً : ضَمِنَ به القائدُ الديةَ، وهي علىٰ العاقلة .

قال: (ومَن ساق[1] دابةً، فوقَعَ السَّرْجُ علىٰ رجلٍ، فقتَلَه: ضَمِنَ).

وكذا علىٰ هذا: سائرُ أدواتِه، كاللِّجَام ونحوِه.

وكذا ما يُحمَلُ عليها؛ لأنه متعدٍّ في هذا التسبيب؛ لأن الوقوعَ: بتقصيرٍ منه، وهو تَرْكُ الشدِّ، أو الإحكامِ فيه.

بخلاف الرِّداءِ: لأنه لا يُشَدُّ في العادة.

ولأنه قاصدٌ لحفظِ هذه الأشياء، كما في المحمول علىٰ عاتقِه، دون اللباس، علىٰ ما مَرَّ من قبل، فيُقَيَّدُ بشرط السلامة.

قال: (ومَن قاد قِطاراً[2]: فهو ضامِنٌ لِمَا أوطأ[3]، فإن وطئ بعيرٌ[4] إنساناً: ضَمِنَ به القائدُ الديةَ، وهي علىٰ العاقلة[5]).

---

(١) السَّوْق: أن يكون الرجلُ خلف الدابة، وأما القَوْدُ: فأن يكون الرجلُ أمامَ الدابة آخِذاً بقِيادِها.

(٢) أي قطارٌ من الإبل علىٰ نَسَقٍ واحد.

(٣) أي القطار.

(٤) أي بعيرٌ من القطار.

(٥) أي عاقلة القائد.

وإن كان معه سائقٌ: فالضمانُ عليهما.

وإن رَبَطَ رَجُلٌ بعيراً إلىٰ القِطَار، والقائدُ لا يَعلَمُ، فوطئ المربوطُ إنساناً، فقتَلَه: فعلىٰ عاقلةِ القائد الديةُ.

لأنَّ القائدَ: عليه حفظُ القطارِ، كالسائق، وقد أمكنه ذلك، وقد صار متعدِّياً بالتقصير فيه، والتسبُّبُ بوصفِ التعدي: سببٌ للضمان، إلا أنَّ ضمانَ النفسِ: علىٰ العاقلة فيه، وضمانَ المالِ: في ماله.

قال: (وإن كان معه سائقٌ: فالضمانُ عليهما)؛ لأنَّ قائدَ الواحدِ: قائدٌ للكل، وكذا سائقُه؛ لاتصال الأَزِمَّة[1]، وهذا إذا كان السائقُ في جانبٍ من الإبل.

أما إذا كان توسَّطَها، وأَخَذَ بزِمَامٍ واحدٍ: يضمنُ ما عَطِبَ بما[2] هو خَلْفَه.

ويَضمنان ما تلف بما[3] بين يديه؛ لأن القائدَ لا يقودُ ما خَلْفَ السائقِ؛ لانفصام الزِّمَام، والسائقُ يسوقُ ما يكونُ قُدَّامه.

قال: (وإن رَبَطَ رَجُلٌ بعيراً إلىٰ القِطَارِ، والقائدُ لا يَعلَمُ، فوطئ المربوطُ إنساناً، فقتَلَه: فعلىٰ عاقلةِ القائد الديةُ)؛ لأنه يُمكِنُه صيانةُ القطار عن رَبْطِ غيرِه، فإذا تَرَكَ الصيانةَ: صار متعدِّياً.

---

(١) جَمْعُ: زِمام، وهو المِقْوَد من الحَبْل الذي يُقاد به البعير.

(٢) وفي نُسخ: مما.

(٣) وفي نُسخ: مما. قلت: كسابقتها.

ثم يرجعونَ بها علىٰ عاقلةِ الرابِطِ.

ومَن أرسل بهيمةً، وكان لها سائقاً، فأصابتْ في فَوْرِها: يضمنُه.

وفي التسبيب: الديةُ علىٰ العاقلة، كما في القتل الخطأ.

(ثم يرجعونَ بها علىٰ عاقلةِ الرابِطِ)؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العُهدة.

وإنما لا يجبُ الضمانُ عليهما في الابتداء، وكلٌّ منهما مسبِّبٌ؛ لأن الرَّبْطَ من القَوْد: بمنزلة التسبيبِ من المباشرة؛ لاتصال التلفِ بالقَوْدِ، دون الرَّبْط.

قالوا: هذا إذا رَبَطَ والقطارُ يسيرُ؛ لأنه أَمْرٌ بالقَوْد دلالةً.

فإذا لم يَعلم به: لا يُمكنُه التحفُّظُ من ذلك، فيكون قرارُ الضمان علىٰ الرابط.

أما إذا رَبَطَ والإبلُ قِيامٌ، ثم قادها: ضَمِنَها القائدُ؛ لأنه قاد بعيرَ غيرِهِ بغير إذنه، لا صريحاً ولا دلالةً، فلا يرجعُ بما لَحِقَه عليه.

قال: (ومَن أرسل بهيمةً[١]، وكان لها سائقاً، فأصابت في فَوْرِها[٢]: يضمنُه)؛ لأن الفعلَ انتقل إليه بواسطة السَّوْق.

---

(١) أي كلباً، وأراد بكونه سائقاً: أن يكون خلفه. البناية ١٦/١٢٣، نقلاً عن الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير.

(٢) أي أصابت في فور الإرسال إنساناً، فهلك. وفي نُسخ: فأصاب في فوره.

ولو أرسل طيراً: لم يَضمَنْ.

وكذا لو أرسل كلباً، ولم يكن له سائقاً: لم يضمن.

ولو أرسله إلىٰ صيدٍ، ولم يكن له سائقاً، فأَخَذَ الصيدَ، وقَتَلَه: حَلَّ.

قال: (ولو أرسل طيراً[١])، وساقَه[٢]، فأصاب في فَوْره[٣]: (لم يَضمَنْ).

والفَرْقُ: أن بدنَ البهيمةِ يحتملُ السَّوْقَ، فاعتُبِرَ سَوْقُه، وبدنُ الطيرَ لا يحتملُ السَّوْقَ، فصار وجودُ السَّوْقِ وعدمُه: بمنزلةٍ واحدةٍ.

قال: (وكذا لو أرسل كلباً، ولم يكن له سائقاً: لم يضمن.

ولو أرسله إلىٰ صيدٍ، ولم يكن له سائقاً، فأَخَذَ الصيدَ، وقَتَلَه: حَلَّ).

ووجهُ الفَرْقِ: أن البهيمةَ مختارةٌ في فِعْلِها، ولا تصلحُ نائبةً عن المرسِلِ، فلا يُضافُ فِعْلُها إلىٰ غيرها، هذا هو الحقيقةُ، إلا أنَّ الحاجةَ مسَّتْ في الاصطياد، فأُضيف[٤] إلىٰ المرسِلِ؛ لأن الاصطيادَ مشروعٌ، ولا طريقَ له سواه، ولا حاجةَ في حقِّ ضمانِ العدوان.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه أوجب الضمانَ في هذا كلِّه؛ احتياطاً؛ صيانةً لأموال الناس.

---

(١) أي أرسل طائراً إلىٰ الصيد، كالبازي.

(٢) أي المرسِلُ.

(٣) أي في الحال فور الإرسال، فقتل صيداً مملوكاً، أو إنساناً فهلك.

(٤) أي الاصطياد.

. . . .

قال رضي الله عنه[1]: وذَكَرَ في «المبسوط»: إذا أرسل دابةً في طريق المسلمين، فأصابت[2] في فَوْرِها: فالمرسِلُ ضامِنٌ؛ لأن سيرَها مضافٌ إليه ما دامت تسيرُ علىٰ سَنَنِها.

ولو انعطفَتْ يَمْنةً أو يَسْرةً: انقطع حُكمُ الإرسال، إلا إذا لم يكن له[3] طريقٌ آخَرُ سواه[4].

وكذا إذا وقفت، ثم سارت.

بخلافِ ما إذا وَقَفَتْ بعدَ الإرسالِ في الاصطيادِ، ثم سارت، فأخذتِ الصيدَ؛ لأن تلك الوَقْفةَ تُحقِّقُ مقصودَ المرسِلِ؛ لأنه لتمكُّنه من الصيد، وهذه الوقفة[5] تنافي مقصودَ المرسِلِ، وهو السَّيْرُ، فينقطعُ حكمُ الإرسال.

وبخلاف ما إذا أرسله إلىٰ صيدٍ، فأصاب نفساً، أو مالاً في فَوْره: لا يضمنُه مَن أرسله، وفي الإرسال في الطريق: يضمنُه؛ لأنَّ شَغْلَ الطريق: تعدٍّ، فيَضمنُ ما تولَّد منه، أما الإرسالُ للاصطياد: فمباحٌ، ولا تسبيبَ إلا بوصفِ التعدي.

---

(١) أي المصنِّف رحمه الله. السقاية لعطشان الهداية. اللكنوي ٢/٦١٤.

(٢) وفي نُسخ: فما أصابت.

(٣) أي للطريق.

(٤) أي سوىٰ طريق اليمنة واليسرة، بأن كان علىٰ الجادة ماءٌ، أو وَحَل: فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال. البناية ١٦/١٢٤.

(٥) أي وقفة الدابة.

ولو أرسل بهيمةً، فأفسَدَتْ زرعاً علىٰ فَوْرِه : ضَمِنَ المرسِلُ.

وإن مالتْ يميناً أو شمالاً، وله طريقٌ آخَرُ : لا يضمنُ.

ولو انفلتَتِ الدابةُ، فأصابتْ مالاً، أو آدمياً، ليلاً أو نهاراً : لا ضمانَ علىٰ صاحبها.

قال: (ولو أرسل بهيمةً، فأفسَدَتْ زرعاً علىٰ فَوْرِه[1]: ضَمِنَ المرسِلُ.

وإن مالتْ يميناً أو شمالاً، وله طريقٌ آخَرُ: لا يضمنُ)؛ لِمَا مرَّ.

قال: (ولو انفلتَتِ الدابةُ، فأصابتْ مالاً، أو آدمياً، ليلاً أو نهاراً: لا ضمانَ علىٰ صاحبها).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «العجماءُ: جُبَارٌ»[2].

وفي رواية: «جَرْحُ العَجْماءِ: جُبَارٌ»[3].

يعني: فِعْلُ العجماء: هَدَرٌ.

وقال محمدٌ رحمه الله: هي المُنفلتَةُ.

ولأن الفعلَ غيرُ مضافٍ إليه؛ لعدم ما يوجِبُ النسبةَ إليه من الإرسال وأخواته.

---

(١) أي فور الإرسال، والمراد بفور الإرسال: أن لا تميل يميناً ولا شمالاً. البناية ١٢٥/١٦.

(٢) صحيح البخاري (١٤٩٩)، صحيح مسلم (١٧١٠).

(٣) بهذا اللفظ: في سنن النسائي (٢٤٩٧)، مسند أحمد (١٠١٤٧)، وغيرهما.

وإذا كانت شاةٌ لقصَّابٍ، فَفُقِئتْ عينُها: ففيها ما نَقصَها.

وفي عينِ بقرةِ الجزَّار، وجَزُورِه: رُبُعُ القيمةِ.

وكذا في عينِ الحِمَار والبَغْل والفَرَسِ.

قال: (وإذا كانت شاةٌ لقصَّابٍ، فَفُقِئتْ عينُها: ففيها ما نَقصَها)؛ لأن المقصودَ منها هو اللحمُ، فلا يُعتبرُ إلا النقصان.

قال: (وفي عينِ بقرةِ الجزَّار، وجَزُورِه: رُبُعُ القيمةِ.

وكذا في عينِ الحِمَار والبَغْل والفَرَسِ).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يجب فيه النقصانُ أيضاً؛ اعتباراً بالشاة.

ولنا: ما روي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قضىٰ في عينِ الدابةِ برُبُعِ القيمة[٢].

وهكذا قضىٰ عمرُ رضي الله عنه[٣].

ولأنَّ فيها مقاصدَ سوىٰ اللحمِ، كالحَمْلِ والرُّكوبِ والزِّينةِ والجَمَالِ والعمل، فمِن هذا الوجهِ تُشبِه الآدميَّ، وقد تُمسَكُ للأكل، فمِن هذا الوجه تُشبِه المأكولات، فعَمِلْنا بالشَّبَهَيْن: بشَبَهِ الآدميِّ في إيجاب الربعِ، وبالشَّبَه الآخرِ في نفيِ النصف.

---

(١) المجموع ١٢/٣٣٥.

(٢) المعجم الكبير للطبراني (٤٨٧٨)، الدراية ٢/٢٨٣.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٧٧٤٨).

ومَن سار علىٰ دابته في الطريق، فضرَبَها رَجُلٌ، أو نَخَسَها، فنَفَحَتْ رَجُلاً برِجْلها، أو ضربَتْه بيدِها، أو نَفَرَتْ، فصدَمَتْه، فقتَلَتْه: كان ذلك علىٰ النَّاخِسِ، دونَ الراكبِ.

حتىٰ لو كان واقفاً دابتَه علىٰ الطريق: يكونُ الضمانُ علىٰ الراكبِ والنَّاخِسِ نصفَيْن.

ولأنه إنما يُمكِنُ إقامةُ العمل بها بأربعةِ أعينٍ: عيناها وعَيْنا[1] المستعمِلِ، فكأنها ذاتُ أعينٍ أربعةٍ، فيجبُ الربعُ بفوات إحداها.

قال: (ومَن سار علىٰ دابته في الطريق، فضَرَبَها رَجُلٌ، أو نَخَسَها، فنَفَحَتْ رَجُلاً برِجْلها، أو ضربَتْه بيدِها، أو نَفَرَتْ، فصدَمَتْه، فقتَلَتْه: كان ذلك علىٰ النَّاخِسِ، دونَ الراكبِ).

هو المَرْوِيُّ عن عمرَ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما[2].

ولأنَّ الراكبَ والمَرْكَبَ مدفوعان بدَفْعِ النَّاخِسِ، فأُضيفَ فِعْلُ الدابةِ إليه، كأنه فَعَلَه بيده.

ولأنَّ الناخِسَ متعدٍّ في تسبيبه، والراكبُ في فِعْلِه غيرُ متعدٍّ، فيترجَّحُ جانبُه في التغريم؛ للتعدِّي.

قال: (حتىٰ لو كان واقفاً دابتَه علىٰ الطريق: يكونُ الضمانُ علىٰ الراكبِ والنَّاخِسِ نصفَيْن)؛ لأنه متعدٍّ في الإيقاف أيضاً.

---

(١) وفي نُسخ: عينيها وعيني المستعمل. قلت: علىٰ البدلية.

(٢) عن ابن مسعود رضي الله عنه في مصنف عبد الرزاق (١٧٨٧١)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٩٥٨)، وأما عن عمر رضي الله عنه: فقال في الدراية ٢/ ٢٨٣: لم أره.

وإنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ: كان دمُه هَدَراً.

وإن أَلْقَتِ الراكبَ، فقتَلَتْه: كانت ديتُه علىٰ عاقلةِ النَّاخِسِ.

ولو وَثَبَتْ بنَخْسِه علىٰ رَجُلٍ، أو أَوْطَأَتْه، فقتَلَتْه: كان ذلك علىٰ عاقلة النَّاخسِ، دون الراكبِ.

والواقفُ في ملكِه، والذي يسيرُ: في ذلك سواءٌ.

وإن نَخَسَها بإذن الراكبِ: كان ذلك بمنزلةِ فِعْلِ الراكبِ لو نَخَسَها، ولا ضمانَ عليه في نَفْحَتِها.

قال: (وإنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ: كان دمُه هَدَراً)؛ لأنه بمنزلةِ الجاني علىٰ نفسِه.

قال: (وإن أَلْقَتِ الراكبَ، فقتَلَتْه: كانت ديتُه علىٰ عاقلةِ النَّاخِسِ)؛ لأنه متعدٍّ في تسبيبه، وفيه الديةُ علىٰ العاقلة.

قال: (ولو وَثَبَتْ بنَخْسه علىٰ رَجُلٍ، أو أَوْطَأَتْه، فقتَلَتْه: كان ذلك علىٰ عاقلة النَّاخسِ، دون الراكبِ)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (والواقفُ في ملكِه، والذي يسيرُ: في ذلك سواءٌ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجبُ الضمانُ علىٰ الناخسِ والراكبِ نصفَيْن؛ لأن التلفَ حَصَلَ بثِقَلِ الراكب ووطءِ الدابة، والثاني مضافٌ إلىٰ الناخسِ، فيجبُ الضمانُ عليهما.

قال: (وإن نَخَسَها بإذن الراكبِ: كان ذلك بمنزلةِ فِعْلِ الراكبِ لو نَخَسَها، ولا ضمانَ عليه في نَفْحَتِها)؛ لأنه أَمرَه بما يَملِكُه، إذِ النَّخْسُ في معنىٰ السَّوْق، فصحَّ أَمْرُه به، وانتقل إليه لمعنىٰ الأمر.

ولو وَطِئَتْ رَجُلاً في سَيْرِها، وقد نَخَسَها النَّاخِسُ بإذن الراكبِ: فالديةُ عليهما جميعاً نصفَيْن إذا كانت في فَوْرها الذي نَخَسَها.

قال: (ولو وَطِئَتْ رَجُلاً في سَيْرِها، وقد نَخَسَها النَّاخِسُ بإذن الراكبِ: فالديةُ عليهما جميعاً نصفَيْن إذا كانت في فَوْرها الذي نَخَسَها).

لأن سَيْرَها في تلك الحالةِ مضافٌ إليهما[1]، والإذنُ يتناولُ فِعلَه: من حيث السَّوْق، ولا يتناولُه: من حيثُ إنه إتلافٌ، فمِن هذا الوجه يُقتَصَرُ عليه[2].

والركوبُ[3] وإن كان عِلَّةً للوطء، فالنَّخْسُ ليس بشرطٍ لهذه العلة، بل هو شرطٌ أو علةٌ للسَّيْر، والسَّيْرُ علةٌ للوطء، وبهذا لا يترجَّحُ صاحبُ العلة.

كمَن جَرَحَ إنساناً، فوَقَعَ في بئرٍ حَفَرَها غيرُه علىٰ قارعة الطريق، ومات: فالديةُ عليهما؛ لِمَا أنَّ الحفرَ شَرْطُ علةٍ أخرىٰ، دون علةِ الجرحِ، كذا هذا.

ثم قيل: يَرجعُ الناخِسُ علىٰ الراكبِ بما ضَمِنَ في الإيطاء؛ لأنه فَعَلَه بأَمْره.

وقيل: لا يرجعُ، وهو الأصحُّ فيما أُراه[4]؛ لأنه لم يأمُرْه بالإيطاء، والنَّخْسُ ينفصلُ عنه.

---

(١) وفي نسخ: إليها. أي إلىٰ النخسة. البناية ١٦/١٣١.

(٢) أي علىٰ الناخس.

(٣) هذا جواب سؤال. وينظر له البناية ١٦/١٣١.

(٤) بضم الهمزة. أي فيما أظنُّ.

ومَن قاد دابةً، فنَخَسَها رجلٌ، فانفلَتَتْ من يدِ القائد، فأصابتْ في فَوْرِها : فهو علىٰ النَّاخِسِ، وكذا إذا كان لها سائقٌ، فنَخَسَها غيرُه.

والنَّاخِسُ إذا كان عبداً : فالضمانُ في رقبته، وإن كان صبياً : ففي مالِه.

وصار كما إذا أَمَرَ صبيّاً يستمسكُ علىٰ الدابة بتسييرها، فوطئتْ إنساناً، ومات، حتىٰ ضَمِنَت عاقلةُ الصبيِّ: فإنهم لا يَرجعون علىٰ الآمِرِ؛ لأنه أَمَرَه بالتسيير، والإيطاءُ ينفصلُ عنه.

وكذا إذا ناوَلَه سلاحاً، فقَتَلَ به آخَرَ، حتىٰ ضَمِنَ: لا يرجعُ علىٰ الآمِرِ المناوِل.

ثم الناخسُ إنما يضمنُ إذا كان الإيطاءُ في فَوْرِ النَّخْسِ، حتىٰ يكونَ السَّوْقُ مضافاً إليه.

وإذا لم يكن في فَوْر ذلك: فالضمانُ علىٰ الراكبِ؛ لانقطاع أثرِ النَّخْسِ، فبقي السَّوْقُ مضافاً إلىٰ الراكب علىٰ الكمال.

قال: (ومَن قاد دابةً، فنَخَسَها رجلٌ، فانفلَتَتْ من يدِ القائد، فأصابتْ في فَوْرِها: فهو علىٰ النَّاخِسِ، وكذا إذا كان لها سائقٌ، فنَخَسَها غيرُه)؛ لأنه مضافٌ إليه.

قال: (والنَّاخِسُ إذا كان عبداً: فالضمانُ في رقبته[1]، وإن كان صبياً: ففي مالِه)؛ لأنهما مؤآخَذَان[2] بأفعالهما.

---

(١) يُدفع بها، أو يُفدَىٰ.

(٢) وفي نُسخ: يُؤآخذان، وفي أخرىٰ: يُؤخذان.

ولو نَخَسَها شيءٌ منصوبٌ في الطريق، فنَفَحَتْ إنساناً، فقَتَلَتْه: فالضمانُ علىٰ مَن نَصَبَ ذلك الشيءَ.

قال: (ولو نَخَسَها شيءٌ منصوبٌ في الطريق، فنَفَحَتْ إنساناً، فقَتَلَتْه: فالضمانُ علىٰ مَن نَصَبَ ذلك الشيءَ)؛ لأنه متعدٍّ بشَغْلِ الطريق، فأُضيفَ إليه[1]، كأنه نَخَسَها بفِعْلِه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الناصب.

باب
جناية المملوك، والجناية عليه

وإذا جَنَىٰ العبدُ جنايةً خطأً : قيل لمَوْلاه : إما أن تَدْفَعَه بها، أو تَفْدِيَه بها .

باب
جناية المملوك، والجناية عليه

قال: (وإذا جَنَىٰ العبدُ جنايةً خطأً: قيل لمَوْلاه: إما أن تَدْفَعَه بها، أو تَفْدِيَه بها).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: جنايتُه في رقبته، يُباعُ فيها، إلا أن يقضِيَ المولىٰ الأرشَ.

وفائدةُ الاختلاف: في اتِّباعِ الجاني بعدَ العتق.

والمسألةُ مختَلَفَةٌ[٢] بين الصحابة رضوان الله عليهم[٣].

له[٤]: أن الأصلَ في موجَبِ الجنايةِ: أن يجبَ علىٰ المتلِفِ؛ لأنه هو

---

(١) الأم ٦/١٧.

(٢) وضُبطت في نُسخ بكسر اللام: مختلِفةٌ.

(٣) قال في الدراية ٢/٢٨٣: لم أره إلا عن علي رضي الله عنه، عند ابن أبي شيبة في المصنف (٢٧١٧٩).

(٤) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

. . . .

الجاني، إلا أن العاقلةَ تتحمَّلُ عنه، ولا عاقلةَ للعبد؛ لأن العقلَ عنده[١] بالقرابة، ولا قرابةَ بين العبد ومولاه، فتجبُ في ذِمَّته، كما في الذمي[٢]، ويتعلَّقُ برقبته، يُباعُ فيه، كما في الجناية علىٰ المال.

ولنا: أن الأصلَ في الجناية علىٰ الآدميِّ حالَةَ الخطأ: أن تتباعدَ عن الجاني؛ تحرُّزاً عن استئصاله، والإجحافِ به، إذْ هو معذورٌ فيه، حيثُ لم يتعمَّدِ الجنايةَ.

وتجبُ علىٰ عاقلةِ الجاني إذا كان له عاقلةٌ، والمولىٰ: عاقلتُه؛ لأنَّ العبدَ يَستَنْصِرُ به.

والأصلُ في العاقلة عندنا: النُّصْرةُ، حتىٰ تجبُ علىٰ أهلِ الديوان[٣].

---

(١) أي عند الإمام الشافعي رحمه الله، والغريب أنه جاء في النسخ الخطية: عندي، أي علىٰ لسان الشافعي، وكذلك في طبعة الهداية التي مع فتح القدير، وفي طبعات أخرىٰ قديمة: عنده. كما أثبتُّ.

(٢) يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأً: تجب دية المقتول في ذمته، لا علىٰ عاقلته، كما في إتلاف المال.

وفي نُسخ: الدَّيْن. وبيانه: أن الدَّيْن في ذمته يكون شاغلاً لمالية رقبته، يُباع فيه إلا أن يقضي المولىٰ دينَه، كذلك ضمان الجناية.

وقول المصنِّف بعد قليل: بخلاف الذمي: يدل علىٰ صحة النسخة الأولىٰ: كما في الذمي. البناية ١٦/١٣٥.

(٣) أي أهل الرايات من الجيش الذين كُتبت أساميهم في الديوان.

فإن دَفَعَه : مَلَكَه وليُّ الجنايةِ، وإن فَدَاه : فَدَاه بأَرْشِها .

بخلاف الذمي[١]؛ لأنهم لا يتعاقَلُون فيما بينهم[٢]، فلا عاقلةَ، فتجبُ في ذِمَّتِه[٣]؛ صيانةً للدم عن الهَدَر.

وبخلاف الجناية علىٰ المال؛ لأن العواقلَ لا تَعقِلُ المالَ، إلا أنه يُخيَّرُ بين الدفع والفداءِ؛ لأنه واحدٌ.

وفي إثباتِ الخِيَرَةِ: نوعُ تخفيفٍ في حَقِّه؛ كي لا يُستأصَلَ، غيرَ أن الواجبَ الأصليَّ هو الدفعُ، في الصحيح، ولهذا يسقطُ الموجَبُ بموت العبد؛ لفوات مَحَلِّ الواجب وإن كان له حَقُّ النقل إلىٰ الفداءِ، كما في مال الزكاة.

بخلاف موتِ الجاني الحُرِّ؛ لأن الواجبَ لا يتعلَّقُ بالحُرِّ استيفاءً، فصار كالعبد في صدقة الفطر.

قال: (فإن دَفَعَه: مَلَكَه وليُّ الجنايةِ، وإن فَدَاه: فَدَاه بأَرْشِها)، وكلُّ ذلك[٤] يلزمُه حالاً.

أما الدفعُ: فلأنَّ التأجيلَ في الأعيانِ: باطلٌ.

---

(١) جواب عن قياس الإمام الشافعي رحمه الله علىٰ الذمي، كما تقدم.

(٢) أي لا يتناصرون فيما بينهم.

(٣) أي في ذمة الذمي.

(٤) أي الدفع والفداء.

فإن عاد، فجنىٰ: كان حُكْمُ الجنايةِ الثانيةِ: حُكْمَ الجناية الأُولىٰ.

وعند اختيارِه[١]: الواجبُ عَيْنٌ[٢].

وأما الفداءُ: فلأنه جُعِلَ بدلاً عن العبد في الشرع وإن كان مقدَّراً بالمتلَفِ، ولهذا سُمِّيَ فداءً، فيقومُ مَقامَه، ويأخذُ حُكمَه، فلهذا وَجَبَ حالاًّ، كالمبدَل.

وأيَّهما اختارَه وفَعَلَه: فلا شيءَ لوليِّ الجنايةِ غيرُه.

أما الدفعُ: فلأنَّ حَقَّه متعلِّقٌ به، فإذا خُلِّيَ بينَه وبينَ الرقبة: سقط.

وأما الفداءُ: فلأنه لا حَقَّ له إلا في الأرش، فإذا أوفاه حَقَّه: سَلِمَ العبدُ له.

فإن لم يَختَرْ شيئاً، حتىٰ مات العبدُ: بَطَلَ حَقُّ المجنيِّ عليه؛ لفوات مَحَلِّ حقِّه، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وإن مات بعد ما اختار الفداءَ: لم يبرأ؛ لتحوُّلِ الحَقِّ من رقبةِ العبدِ إلىٰ ذمةِ المولىٰ.

قال: (فإن عاد، فجنىٰ: كان حُكْمُ الجنايةِ الثانيةِ: حُكْمَ الجناية الأُولىٰ).

معناه: بعدَ الفداء؛ لأنه لَمَّا طَهُرَ[٣] عن الجناية بالفداء: جُعِلَ كأنْ لم تكنْ، وهذا[٤] ابتداءُ جنايةٍ.

---

(١) أي اختيار المولىٰ الدفعَ.

(٢) أي عُيِّنَ العبد. البناية ١٦/١٣٨.

(٣) بالطاء المهملة.

(٤) أي وهذا الذي وقع ثانياً: فحكمه حكم الجناية التي وقعت أولاً.

وإن جَنَىٰ جنايتَيْن : قيل للمولىٰ : إما أن تدفعَه إلىٰ وليَّيِ الجنايتَيْن، يقتسمانه علىٰ قَدْرِ حقَّيْهِما، وإما أنْ تَفدِيَه بأرشِ كلٍّ واحدٍ منهما .

قال: (وإن جَنَىٰ جنايتَيْن: قيل للمولىٰ: إما أن تدفعَه إلىٰ وليَّيِ[1] الجنايتَيْن، يقتسمانه علىٰ قَدْرِ حقَّيْهما، وإما أنْ تَفدِيَه بأرشِ كلٍّ واحدٍ منهما)؛ لأنَّ تعلُّقَ الأُولىٰ برقبته: لا يَمنعُ تعلُّقَ الثانيةِ بها[2]، كالديون المتلاحِقَة.

ألا ترىٰ أنَّ مِلْكَ المولىٰ لم يَمنعْ تعلُّقَ الجناية، فحَقُّ المجنيِّ عليه الأولِ أَولىٰ أنْ لا يَمنعَ.

ومعنىٰ قولِه: علىٰ قَدْرِ حقَّيْهما: علىٰ قَدْر أَرْشِ جنايتَهِما.

وإن كانوا جماعةً: يقتسمون العبدَ المدفوعَ علىٰ قَدْرِ حِصَصِهم، وإن فداه: فداه بجميع أروشهم؛ لِمَا ذَكَرْنا.

ولو قَتَلَ واحداً، وفَقَأَ عينَ آخَرَ: يقتسمانه أثلاثاً؛ لأنَّ أَرْشَ العَيْنِ: علىٰ النصف من أرشِ النفس.

وعلىٰ هذا: حُكمُ الشَّجَّات.

وللمولىٰ أن يَفدِيَ من بعضِهم، ويَدفعَ إلىٰ بعضِهم مقدارَ ما تعلَّق به حَقُّه من العبد؛ لأن الحقوقَ مختلِفةٌ باختلاف أسبابها، وهي الجناياتُ المختلفةُ.

---

(١) وفي نُسخ: ولي. بالإفراد.

(٢) أي بالرقبة.

فإن أعتقه المولىٰ، وهو لا يعلمُ بالجناية : ضَمِنَ الأقلَّ من قيمتِه ومن أَرْشِها .

وإن أعتقه بعد العلم بالجناية : وَجَبَ عليه الأَرْشُ كاملاً .

بخلاف مقتولِ العبدِ إذا كان له وَلِيَّان: لم يكن له أن يَفدِيَ من أحدِهما، ويَدفعَ إلىٰ الآخَر؛ لأن الحَقَّ متَّحِدٌ؛ لاتحادِ سببِه، وهي الجنايةُ المتحدة.

والحَقُّ يجبُ للمقتول، ثم للوارثِ خِلافةً عنه، فلا يَملكُ[1] التفريقَ في موجَبِها.

قال: (فإن أعتقه المولىٰ، وهو لا يعلمُ بالجناية: ضَمِنَ الأقلَّ من قيمتِه ومن أَرْشِها.

وإن أعتقه بعد العلم بالجناية: وَجَبَ عليه الأَرْشُ كاملاً)؛ لأن في الأول[2]: فوَّتَ حَقَّه، فيضمنُه، وحَقُّه في أقلِّهما، ولا يصيرُ مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيارَ بدون العلم.

وفي الثاني[3]: صار مختاراً؛ لأن الإعتاقَ يَمنعُه من الدفع، فالإقدامُ عليه اختيارٌ منه للآخَر.

---

(١) أي المولىٰ.

(٢) أي فيما أعتقه المولىٰ وهو لا يعلم بالجناية.

(٣) أي فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية.

. . . .

وعلىٰ هذين الوجهَيْن[1]: البيعُ، والهبةُ، والتدبيرُ، والاستيلادُ؛ لأنَّ كلَّ ذلك مما يمنعُ الدفعَ؛ لزوال الملكِ به.

بخلاف الإقرارِ، علىٰ روايةِ الأصلِ؛ لأنه لا يسقطُ به حَقُّ وليِّ الجناية، فإن المقَرَّ له يُخاطَبُ بالدفع إليه.

وليس فيه نَقْلُ الملكِ؛ لجواز أن يكونَ الأمرُ كما قاله المُقِرُّ.

وألحَقَه الكَرخِيُّ رحمه الله بالبيع وأخواته؛ لأنه مِلْكُه في الظاهر، فيستحِقُّه المُقَرُّ له بإقراره، فأشبه البيعَ.

وإطلاقُ الجوابِ في «الكتاب[2]»: ينتظمُ النفسَ وما دونَها، وكذا المعنىٰ[3]: لا يَختلِفُ.

وإطلاقُ البيعِ: ينتظمُ البيعَ بشرطِ الخيار للمشتري؛ لأنه يُزيلُ الملكَ.

بخلاف ما إذا كان الخيارُ للبائع، ونَقَضَه[4].

وبخلاف العَرْضِ علىٰ البيع؛ لأن الملكَ ما زال.

ولو باعه بيعاً فاسداً: لم يَصِرْ مختاراً حتىٰ يُسلِّمَه؛ لأن الزوالَ به.

---

(١) أي قبل العلم، وبعده.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) أي المعنىٰ الذي يكون مختاراً للفداء، أو لا يكون مختاراً في النفس، وما دونها: لا يختلف. البناية ١٦/١٤٢.

(٤) أي نَقضَ البيعَ.

. . . .

بخلاف الكتابةِ الفاسدةِ؛ لأن موجَبَه يثبتُ قبلَ قَبْضِ البدل، فيصيرُ بنفسه مختاراً.

ولو باعه مولاه من المَجْنِيِّ عليه: فهو مختارٌ للفداء.

بخلاف ما إذا وَهَبَه منه؛ لأن المستَحِقَّ[1]: له أَخْذُه بغير عوضٍ، وهو متحقِّقٌ في الهبة، دون البيع.

وإعتاقُ المَجْنِيِّ عليه بأمر المولىٰ: بمنزلة إعتاقِ المولىٰ، فيما ذكرناه؛ لأن فِعْلَ المأمورِ مضافٌ إليه.

ولو ضَرَبَه، فنَقَصَه: فهو مختارٌ إذا كان عالِماً بالجناية؛ لأنه حَبَسَ جزءاً منه.

وكذا[2] إذا كانت بِكْراً، فوطئها وإن لم يكن مُعْلِقاً[3]؛ لِمَا قلنا.

بخلاف التزويج؛ لأنه عيبٌ من حيثُ الحكمُ.

وبخلاف وطءِ الثيِّبِ، علىٰ ظاهر الرواية؛ لأنه لا يُنْقِصُ من غير إعلاقٍ.

وبخلاف الاستخدامِ؛ لأنه لا يَختَصُّ بالملك، ولهذا لا يَسقطُ به خيارُ الشرطِ.

---

(١) هكذا بكسر الحاء في نُسخ، وبفتحها في نُسخ نفيسة.

(٢) أي يكون مختاراً للفداء.

(٣) من الإعلاق، قيِّد به؛ لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب؛ لأن بوطء الثيب بدون الإعلاق: لا يصير مختاراً للفداء، في ظاهر الرواية. البناية ١٦/١٤٤.

ومَن قال لعبدِه : إن قَتَلْتَ فلاناً، أو رميتَه، أو شَجَجْتَه فأنتَ حُرٌّ : فهو مختارٌ للفِداء إن فَعَل ذلك.

ولا يصيرُ مختاراً بالإجارة، والرهنِ، في الأَظْهرِ من الروايات[١].

وكذا بالإذن في التجارة وإن رَكِبَه دَيْنٌ؛ لأن الإذنَ لا يُفوِّتُ الدفعَ، ولا يُنَقِّصُ الرقبةَ، إلا أن لوليِّ الجنايةِ أن يَمتنعَ من قبوله؛ لأن الدينَ لَحِقَه من جهة المولىٰ، فيَلزمُ المولىٰ قيمتُه.

قال: (ومَن قال لعبدِه: إن قَتَلْتَ فلاناً، أو رميتَه، أو شَجَجْتَه فأنتَ حُرٌّ: فهو مختارٌ للفِداء إن فَعَل ذلك).

وقال زفرُ رحمه الله: لا يصيرُ مختاراً للفداء؛ لأن وقتَ تكلُّمِه: لا جنايةَ، ولا علمَ له بوجوده، وبعدَ الجناية: لم يوجد منه فعلٌ يصيرُ به مختاراً.

ألا ترىٰ أنه لو علَّقَ الطلاقَ أو العَتَاقَ بالشرط، ثم حلف أن لا يُطلِّقَ، أو لا يُعتِقَ، ثم وُجِدَ الشرطُ، وثبت العِتْقُ والطلاقُ: لا يَحنَثُ في يمينه تلك، كذا هذا.

ولنا: أنه علَّق الإعتاقَ بالجناية، والمعلَّقُ بالشرط: يُنَزَّلُ عند وجود الشرط، كالمُنجَّز، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا يُرىٰ أنَّ مَن قال لامرأته: إن دخلتِ الدارَ فوالله لا أقربُكِ: يصيرُ ابتداءُ الإيلاءِ من وقت الدخول.

---

(١) قوله: في الروايات: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإذا قَطَعَ العبدُ يدَ رَجُلٍ عمداً، فدُفِعَ إليه بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ، فأعتقه، ثم مات مِن قَطْعِ اليد : فالعبدُ صُلْحٌ بالجناية.

وإن كان لم يُعتِقْه : رُدَّ علىٰ المولىٰ، وقيل للأولياء : اقتُلُوه، أو اعفُوا عنه.

وكذا إذا قال لها: إذا مرضتُ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فمَرِضَ، حتىٰ طلُقت، ومات من ذلك المرض: يصيرُ فارّاً[١]؛ لأنه يصيرُ مطلِّقاً بعد وجود المرض.

بخلاف ما أورَدَ[٢]؛ لأن غرَضَه طلاقٌ أو عتاقٌ يُمكنُه الامتناعُ عنه، إذِ اليمينُ للمنع، فلا يدخلُ تحتَه ما لا يُمكنُه الامتناعُ عنه.

ولأنه حرَّضَه علىٰ مباشرةِ الشرطِ بتعليقِ أقوىٰ الدواعي[٣] إليه، والظاهرُ أنه يفعلُه، فهذا دلالةُ الاختيار.

قال: (وإذا قَطَعَ العبدُ يدَ رَجُلٍ عمداً، فدُفِعَ إليه بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ، فأعتقه، ثم مات مِن قَطْعِ اليد: فالعبدُ صُلْحٌ بالجناية.

وإن كان لم يُعتِقْه: رُدَّ[٤] علىٰ المولىٰ، وقيل للأولياء: اقتُلُوه، أو اعفُوا عنه[٥]).

---

(١) أي يصير فارّاً من توريثها، والحكم أنها تطلق، ولكنها ترث منه.

(٢) أي الإمام زفر رحمه الله.

(٣) وهو الحرية.

(٤) وفي نُسخ: رَدَّه.

(٥) وفي نُسخ: أو أعتقوا.

. . . .

ووجهُ ذلك: وهو أنه إذا لم يُعتِقْه وسَرَىٰ: تبيَّنَ أن الصلحَ وَقَعَ باطلاً؛ لأن الصلحَ كان عن المال؛ لأن أطرافَ العبدِ لا يجري القصاصُ بينها وبين أطراف الحرِّ، فإذا سَرَىٰ: تبيَّن أن المالَ غيرُ واجب، وإنما الواجبُ هو القَوَدُ، فكان الصلحُ واقعاً بغير بدلٍ، فبطل، والباطلُ لا يُورِثُ الشبهةَ، كما إذا وطئ المطلَّقةَ الثلاثَ في عِدَّتها، مع العلم بحُرْمتِها عليه، فوجب القصاصُ.

بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأنَّ إقدامَه علىٰ الإعتاق: يدلُّ علىٰ قَصْدِه تصحيحَ الصلحِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ مَن أقدم علىٰ تصرُّفٍ: يَقصِدُ تصحيحَه، ولا صحةَ لهذا الصلح إلا وأن يُجعلَ صلحاً عن الجناية وما يَحدُثُ منها.

ولهذا لو نَصَّ عليه[١]، ورضِيَ المولىٰ به: يصحُّ وقد رضيَ المولىٰ به؛ لأنه لَمَّا رضي[٢] بكون العبدِ عوضاً عن القليل[٣]: يكون أَرْضىٰ بكونه عوضاً عن الكثير[٤].

---

(١) أي نصَّ المجنيُّ عليه علىٰ الصلح بالعبد، أي أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث منها، ورضي المولىٰ بهذا الصلح: يصح الصلح، لكن في دفع المولىٰ العبدَ إلىٰ المجني عليه ليس الرضا صريحاً، بل ضمناً. اهـ من حاشية نسخة ٩٨١هـ

(٢) أي بدِيَتِه. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٣) أي عن قطع اليد.

(٤) وهو السراية إلىٰ النفس، أي القتل.

. . . .

فإذا أَعتَقَ: يصحُّ الصلحُ في ضِمْنِ الإعتاقِ ابتداءً، وإذا لم يُعتِق: لم يوجدِ الصلحُ ابتداءً، والصلحُ الأولُ وَقَعَ باطلاً، فيُرَدُّ العبدُ إلىٰ المولىٰ، والأولياءُ علىٰ خِيرتِهم في العفو والقتل.

وذُكِرَ في بعض النُّسَخ[1]: رجلٌ قَطَعَ يدَ رجلٍ عمداً، فصالَحَ القاطعُ المقطوعةَ يدُه علىٰ عبدٍ، ودَفَعَه إليه، فأعتَقَه المقطوعةُ[2] يدُه، ثم مات من ذلك: فإن[3] العبدَ صُلْحٌ بالجناية، إلىٰ آخِرِ ما ذَكَرْنا من الرواية.

وهذا الوضعُ[4] يَرِدُ إشكالاً[5] فيما إذا عفا عن اليد، ثم سَرَىٰ إلىٰ النفس، ومات: حيثُ لا يجبُ القصاصُ هنالك، وها هنا قال: يجب.

قيل: ما ذُكِرَ ها هنا: جوابُ القياس، فيكون الوضعان جميعاً علىٰ القياس والاستحسان.

وقيل: بينهما فَرْقٌ، ووَجْهُه: أن العفوَ عن اليدِ صحَّ ظاهراً؛ لأن الحقَّ كان له في اليد من حيث الظاهرُ، فيصحُّ العفوُ ظاهراً، فبعد ذلك وإن بَطَلَ حُكماً: يبقىٰ موجوداً حقيقةً، فكفىٰ ذلك لمَنْعِ وجوبِ القصاص.

---

(١) أي نُسَخ الجامع الصغير. البناية ١٦/١٤٧.

(٢) وفي نُسخ: المقطوعُ يدُه.

(٣) وفي نُسخ: قال. اهـ، قال في البناية ١٦/١٤٧: أي قال محمد رحمه الله.

(٤) أي الصلح بالعبد، وفي نُسخ: وهذا الوجه.

(٥) أي علىٰ أبي حنيفة رحمه الله. حاشية نسخة ٧٤٢هـ.

وإذا جنىٰ العبدُ المأذونُ له جنايةً، وعليه ألفُ درهمٍ، فأعتقه المولىٰ، ولم يَعلَمْ بالجناية: فعليه قيمتان: قيمةٌ لصاحب الدَّيْن، وقيمةٌ لأولياء الجناية.

أما ها هنا: الصلحُ لا يُبطِلُ الجنايةَ، بل يُقرِّرُها، حيث صالَحَ عنها علىٰ مال، فإذا لم تَبطُلِ الجنايةُ: لم تمتنع العقوبةُ.

هذا إذا لم يُعتِقْه، أما إذا أعتقه: فالتخريجُ ما ذكرناه من قبل.

قال: (وإذا جنىٰ العبدُ المأذونُ له جنايةً، وعليه ألفُ درهمٍ، فأعتقه المولىٰ، ولم يَعلَمْ بالجناية: فعليه قيمتان: قيمةٌ لصاحب الدَّيْن، وقيمةٌ لأولياء الجناية).

لأنه أتلف حقَّيْن، كلُّ واحدٍ منهما مضمونٌ بكلِّ القيمةِ علىٰ الانفراد: الدفعُ للأولياء، والبيعُ للغرماء، فكذلك عند الاجتماع.

ويمكنُ الجمعُ بين الحَقَّيْن إيفاءً من الرقبة الواحدة، بأن يُدفَعَ إلىٰ وليِّ الجنايةِ، ثم يُباعُ للغرماء، فيضمنُهما بالإتلاف.

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبيٌّ[1]، حيث تجبُ قيمةٌ واحدةٌ للمولىٰ، ويدفعُها المولىٰ إلىٰ الغرماء؛ لأنَّ الأجنبيَّ إنما يَضمَنُ للمولىٰ بحُكمِ الملكِ، فلا يظهرُ في مقابلتِه الحقُّ؛ لأنه دونَه، وها هنا يجبُ لكلِّ واحدٍ منهما بإتلاف الحقِّ، فلا ترجيحَ فيه، فيَظهران، فيَضمَنُهما.

---

(١) أي إذا أتلف العبد المأذونَ عبدٌ أجنبيٌّ.

وإذا استدانتِ الأمةُ المأذونُ لها أكثرَ من قيمتِها، ثم وَلَدَتْ: فإنه يُباعُ الولدُ معها في الدَّيْن، وإن جَنَتْ جنايةً: لم يُدفَعِ الولدُ معها.

وإذا كان العبدُ لرجلٍ، فزَعَمَ رجلٌ آخَرُ أنَّ مولاه أعتقه، فقَتَلَ العبدُ ولياً لذلك الرجلِ الزاعمِ خطأً: فلا شيءَ له عليه.

وإذا أُعتِقَ العبدُ، فقال لرجلٍ: قتلتُ أخاك خطأً وأنا عبدٌ، وقال...

قال: (وإذا استدانتِ الأمةُ المأذونُ لها أكثرَ من قيمتِها، ثم وَلَدَتْ: فإنه يُباعُ الولدُ معها في الدَّيْن، وإن جَنَتْ جنايةً: لم يُدفَعِ الولدُ معها).

والفَرْقُ: أن الدَيْنَ وَصْفٌ حُكْميٌّ فيها، واجبٌ في ذِمَّتها، متعلِّقٌ برقبتها استيفاءً، فيَسري إلىٰ الولدِ، كولدِ المرهونة.

بخلاف الجناية؛ لأن وجوبَ الدفع في ذمة المولىٰ، لا في ذمتها، وإنما يُلاقيها أثرُ الفعل الحقيقيِّ، وهو الدفعُ، والسرايةُ في الأوصاف الشرعية، دونَ الأوصافِ الحقيقية.

قال: (وإذا كان العبدُ لرجلٍ، فزَعَمَ رجلٌ آخَرُ أنَّ مولاه أعتقه، فقَتَلَ العبدُ ولياً لذلك الرجلِ الزاعمِ خطأً: فلا شيءَ له[1] عليه)؛ لأنه لَمَّا زَعَمَ أنَّ مولاه أعتقه: فقد ادعىٰ الديةَ علىٰ العاقلةِ، وأبرأ العبدَ والمولىٰ، إلا أنه لا يُصدَّقُ علىٰ العاقلة من غير حُجَّةٍ.

قال: (وإذا أُعتِقَ العبدُ، فقال لرجلٍ: قتلتُ أخاك خطأً وأنا عبدٌ، وقال

---

(١) أي للذي زعم أنه أعتقه.

الآخَرُ: قتلتَه وأنتَ حرٌّ: فالقولُ قولُ العبدِ.

ومَن أعتق جاريةً، ثم قال لها: قَطَعْتُ يدَكِ وأنتِ أَمَتِي، وقالت: لا، بل قَطَعْتَها وأنا حُرَّةٌ: فالقولُ قولُها.

وكذلك كلُّ ما أُخِذَ منها، إلا الجِمَاعَ والغَلَّة؛ استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

الآخَرُ: قتلتَه وأنتَ حرٌّ: فالقولُ قولُ العبدِ)؛ لأنه مُنكِرٌ للضمان؛ لِمَا أنه أسنده إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضمان، إذِ الكلامُ فيما إذا عُرِفَ رِقُّه.

والوجوبُ في جناية العبدِ: علىٰ المولىٰ دفعاً، أو فداءً.

وصار كما إذا قال البالغُ العاقلُ: طلَّقتُ امرأتي وأنا صبيٌّ، أو بعتُ داري وأنا صبيٌّ، أو قال: طلَّقتُ امرأتي وأنا مجنونٌ، أو بعتُ داري وأنا مجنونٌ[١]، وقد كان جنونُه معروفاً: كان القولُ قولَه[٢]؛ لِمَا ذَكَرْنا.

قال: (ومَن أعتق جاريةً، ثم قال لها: قَطَعْتُ يدَكِ وأنتِ أَمَتِي، وقالت: لا، بل قَطَعْتَها وأنا حُرَّةٌ: فالقولُ قولُها.

وكذلك[٣] كلُّ ما أُخِذَ[٤] منها، إلا الجِمَاعَ والغَلَّةَ؛ استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) قوله: أو بعتُ داري وأنا مجنونٌ: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) مع يمينه. حاشية سعدي.

(٣) أي القول قولها في كل ما أُخذ منها.

(٤) وفي نُسخ: ما أَخَذَ. بالمبني للمعلوم.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يَضمنُ إلا شيئاً قائماً بعَيْنه، يُؤمَرُ بردِّه عليها.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يَضمنُ إلا شيئاً قائماً بعَيْنه، يُؤمَرُ بردِّه عليها)؛ لأنه منكِرٌ وجوبَ الضمانِ؛ لإسناده الفعلَ إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضمان، كما في المسألةِ الأُولىٰ، وكما في الوطء والغَلَّة.

وفي الشيءِ القائم أَقرَّ بيدها[1]، حيثُ اعترف بالأخذ منها[2]، ثم ادعىٰ[3] التملُّكَ عليها، وهي[4] منكِرةٌ، والقولُ قولُ المنكِر، فلهذا يُؤمَرُ[5] بالردِّ إليها.

ولهما: أنه أقرَّ بسبب الضمان، ثم ادعىٰ ما يُبرِئه، فلا يكونُ القولُ قولَه، كما إذا قال لغيره: فَقَأْتُ عينَك اليمنىٰ، وعيني اليمنىٰ صحيحةٌ، ثم فُقِئَتْ، وقال المقَرُّ له: لا، بل فقأتَها وعينُك اليمنىٰ مفقوءةٌ: فإن القولَ قولُ المُقَرِّ له.

وهذا لأنه ما أسنده إلىٰ حالةٍ منافيةٍ للضمان؛ لأنه يَضمنُ يدَها لو قَطَعَها وهي مديونةٌ.

---

(١) أي أقرَّ المولىٰ أخذَ هذا الشيء من يد الأمة. حاشية نسخة ٩٨١هـ. قلت: وفي نُسخ: بيده. بالتذكير، وكتب في حاشية نسخة سعدي: أي بيد المأخوذ منه.

(٢) أي من الأمة.

(٣) أي المولىٰ.

(٤) أي الأمة.

(٥) أي المولىٰ.

وإذا أَمَرَ العبدُ المحجورُ عليه صبيّاً حُرّاً بقَتْل رجلٍ، فقَتَلَه: فعلىٰ عاقلةِ الصبيِّ الديةُ، ولا شيءَ علىٰ الآمِر.

وكذلك إن أَمَرَ عبداً.

وكذا يضمنُ مالَ الحربيِّ إذا أخذه وهو مستأمِنٌ.

بخلاف الوطءِ والغلَّةِ؛ لأن وطءَ المولىٰ أمتَه المديونةَ لا يوجِبُ العُقْرَ، وكذا أَخْذُه من غَلَّتِها.

وإن كانت مَديونةً: لا يوجِبُ الضمانَ عليه، فحَصَلَ الإسنادُ إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضمان.

قال: (وإذا أَمَرَ العبدُ المحجورُ عليه صبيّاً حُرّاً بقَتْل رجلٍ، فقتَلَه: فعلىٰ عاقلةِ الصبيِّ الديةُ)؛ لأنه هو القاتلُ حقيقةً.

وعمدُه وخطؤه: سواءٌ، علىٰ ما بيَّنّا من قبل.

(ولا شيءَ علىٰ الآمِر).

وكذا إذا كان الآمِرُ صبيّاً؛ لأنهما لا يؤاخَذَان بأقوالِهما؛ لأنَّ المؤاخذةَ فيها باعتبار الشرع، وما اعتبرَ قولَهما.

ولا رجوعَ لعاقلة الصبيِّ علىٰ الصبيِّ الآمِرِ أبداً.

ويرجعون علىٰ العبدِ الآمرِ بعد الإعتاقِ؛ لأن عدمَ الاعتبارِ لحَقِّ المولىٰ، وقد زال، لا لنقصانِ أهليةِ العبدِ، بخلاف الصبيِّ؛ لأنه قاصرُ الأهلية.

قال: (وكذلك إن أَمَرَ عبداً)، معناه: أن يكونَ الآمِرُ عبداً، والمأمورُ

وإذا قَتَلَ العبدُ رجلَيْن عمداً، ولكلٍّ واحدٍ منهما وليَّان، فعفَا أحدُ وليَّيْ كلٍّ واحدٍ منهما: فإن المولىٰ يَدفعُ نصفَه إلىٰ الآخَرَيْن، أو يَفدِيَه بعشرةِ آلافِ درهم.

عبداً محجوراً عليهما: يُخاطَبُ مولىٰ القاتلِ بالدفعِ، أو الفِداء، ولا رجوعَ له علىٰ الأول في الحال.

ويجبُ أن يَرجعَ بعد العتق بأقلَّ من الفداء وقيمةِ العبد؛ لأنه غيرُ مضطرٍ في دَفْعِ الزيادة، وهذا إذا كان القتلُ خطأً.

وكذا إذا كان عمداً، والعبدُ القاتلُ صغيراً؛ لأن عمدَه: خطأٌ.

أما إذا كان كبيراً: يجبُ القصاصُ؛ لجريانه بين الحُرِّ والعبد.

قال: (وإذا قَتَلَ العبدُ رجلَيْن عمداً، ولكلٍّ واحدٍ منهما وليَّان، فعفَا أحدُ وليَّيْ كلٍّ واحدٍ منهما: فإن المولىٰ يَدفعُ نصفَه إلىٰ الآخَرَيْن، أو يَفدِيَه بعشرةِ آلافِ درهم).

لأنه لَمَّا عفَا أحدُ وَلِيَّيْ كلٍّ واحدٍ منهما: سَقَطَ القصاصُ، وانقلب مالاً، فصار كما لو وَجَبَ المالُ من الابتداء.

وهذا لأن حَقَّهم: في الرَّقَبة، أو في عشرينَ ألفاً، وقد سقط نصيبُ[1] العافِيَيْن[2]، وهو النصفُ، وبقيَ النصفُ.

---

(١) وفي نُسخ: حقُّ.

(٢) أي من الأولياء الأربعة. البناية ١٥٦/١٦.

فإن كان قَتَلَ أحدَهما عمداً، والآخَرَ خطأً، فعفَا أحدُ وَلِيَّي العمدِ : فإن فداه المولىٰ : فداه بخمسةَ عشر ألفاً : خمسةُ آلافٍ للذي لم يَعْفُ من ولِيَّي العمد، وعشرةُ آلافٍ لوَلِيَّي الخطأ.

وإن دَفَعَه : دَفَعَه إليهم أثلاثاً : ثلثاه لوَلِيَّي الخطأ، وثُلُثُه لغير العافي من ولِيَّي العمدِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : يدفعُه أرباعاً : ثلاثةُ أرباعه لوليَّي الخطأ، وربُعُه لوليِّ العمد.

قال: (فإن كان قَتَلَ أحدَهما عمداً، والآخَرَ خطأً، فعفَا أحدُ وَلِيَّي العمدِ[1]: فإن فداه المولىٰ: فداه بخمسةَ عشر ألفاً: خمسةُ آلافٍ للذي لم يَعْفُ من ولِيَّي العمد، وعشرةُ آلافٍ لوَلِيَّي الخطأ).

لأنه لَمَّا انقلب العمدُ مالاً: كان حَقُّ وليَّي الخطأ في كلِّ الدية: عشرةَ آلاف، وحَقُّ أحدِ وليَّي العمدِ في نصفها: خمسةَ آلاف، ولا تضايقَ في الفداء، فيجبُ خمسةَ عشرَ ألفاً.

قال: (وإن دَفَعَه[2]: دَفَعَه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوَلِيَّي الخطأ، وثُلُثُه لغير العافي من وليَّي العمدِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يدفعُه أرباعاً: ثلاثةُ أرباعه لوليَّي الخطأ، وربُعُه لولي[3] العمد).

---

(١) والمسألة بحالها. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) أي دفع المولىٰ العبدَ.

(٣) وفي نسخة ٧٣٨هـ: وليَّي العمد: بالتثنية، وما أثبتُّه هو الصواب، وينظر نتائج الأفكار لقاضي زاده ٩/٢٨٤.

وإذا كان عبدٌ بين رجلَيْن، فقَتَلَ مولىً لهما، أي قريباً لهما، فعَفَا أحدُهما: بَطَلَ الجميعُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَدفعُ الذي عفا نصفَ نصيبِه إلىٰ الآخَر، أو يَفدِيَه برُبُعِ الدية.

فالقسمةُ عندهما بطريق المنازعة، فيُسلِّمُ النصفَ لوَلِيِّ الخطأ بلا منازعة، واستوتْ منازعةُ الفريقَيْن في النصف الآخَر، فيتنصَّفُ، فلهذا يُقسَمُ أرباعاً.

وعنده: يُقسَمُ بطريق العَوْلِ والمضاربة أثلاثاً؛ لأن الحَقَّ تعلَّقَ بالرقبة، أَصْلُه التركةُ المستغرِقةُ بالديون، فيُضرَبُ هذان بالكلِّ، وذلك بالنصف.

ولهذه المسألةُ نظائرُ وأضدادٌ، ذكرناها في «الزيادات»[1] بتوفيق الله تعالىٰ.

قال: (وإذا كان عبدٌ بين رجلَيْن، فقَتَلَ مولىً لهما، أي قريباً لهما[2]، فعفَا أحدُهما: بَطَلَ الجميعُ[3] عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَدفعُ الذي عفا نصفَ نصيبِه[4] إلىٰ الآخَر، أو يَفدِيَه برُبُعِ الدية).

وذُكِرَ في بعضِ النُّسَخ[5]: قَتَلَ وليّاً لهما: والمرادُ: القريبُ أيضاً[6].

---

(١) للمصنِّف نفسِه الإمام المرغيناني. وينظر البناية ١٦/١٥٨.

(٢) كأخيهما أو عمِّهما. البناية ١٦/١٥٨.

(٣) أي بطل الدمُ كله.

(٤) أي من العبد.

(٥) أي نُسَخِ الجامع الصغير. غاية البيان (مخطوط)، وغيره.

(٦) أي ويحتمل أنه أراد به المعتق الذي أعتقاه، فصارا عصبةً له بالولاء.

. . . .

وفي بعضِ النُّسَخ[1] ذُكِر قولُ محمدٍ مع قولِ أبي حنيفة رحمهما الله، وفي أكثرها: مع أبي يوسف رحمه الله، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي نُسخ الجامع الصغير. البناية ١٦/١٥٨.

فصلٌ

. . . .

فصلٌ[(١)]

وذَكَرَ في «الزيادات[(٢)]»: عبدٌ قَتَلَ مولاه، وله ابنان[(٣)]، فعفَا أحدُهما: بَطَلَ ذلك كلُّه[(٤)] عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله الجوابُ فيه[(٥)]: كالجواب في مسألة «الكتاب[(٦)]».

---

(١) لفظ: فصلٌ: مثبتٌ في نسخة نائب القاضي ٨٠١هـ، ونسخة ٩٨١هـ، ونسخة ١٠٥٧هـ.

(٢) وفي غاية البيان للإتقاني في نسختين خطيتَيْن: «وذكر في الديات، أي في كتاب الديات من المبسوط. اهـ، أما نُسخ الهداية ففيها كلها: الزيادات: بدل: الديات.

ثم وجدتُ نصَّ الهداية بعينه في كتاب «الزيادات»، للإمام محمد، مع شرحه لقاضي خان ٤/١٤٣٥، فظهر الأمر، وبقي نصُّ نُسَخ غاية البيان فيه ما فيه.

(٣) وفي نُسخ: له وليَّان، وفي أخرىٰ: وللمولىٰ ابنان.

(٤) وفي نُسخ: بطل الجميع.

(٥) وفي نُسخ: وعلىٰ قياس قول أبي يوسف: ينبغي أن يكون الجواب كالجواب.

(٦) أي الجامع الصغير. حاشية نسخة ٧٤٢هـ، أي مسألة: إذا كان عبدٌ بين رجلين. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

. . . .

ولم يَذكُرِ[١] اختلافَ الروايةِ، والدلائلَ في «الزيادات».

لأبي يوسف رحمه الله في المسألتَيْن: أن حَقَّ القصاصِ ثبت في العبدِ علىٰ سبيل الشيوع؛ لأن مِلْكَ المولىٰ لا يَمنعُ استحقاقَ القصاصِ له، فإذا عفا أحدُهما: انقلب نصيبُ الآخَر، وهو النصفُ مالاً، غيرَ أنه شائعٍ في الكلِّ، فيكونُ نصفُه في نصيبِه، والنصفُ في نصيبِ صاحبِه.

فما يكونُ في نصيبِه: سقطَ؛ ضرورةَ أنَّ المولىٰ لا يَستوجِبُ علىٰ عبده مالاً، وما كان في نصيبِ صاحبه بقِيَ، ونصفُ النصفِ هو الرُّبُعُ، فلهذا يقال: ادفَعْ نصفَ نصيبِك، أو افْدِه برُبُعِ الدية.

ولهما: أنَّ ما يجبُ من المال يكون حَقَّ المقتول؛ لأنه بدلُ دمِه، ولهذا تُقضىٰ منه ديونُه، وتُنفَّذُ به وصاياه.

ثم الورثةُ يَخْلُفونَه فيه عند الفراغِ من حاجته، والمولىٰ لا يستوجبُ علىٰ عبده ديناً، فلا تخلُفُه الورثةُ فيه[٢].

---

(١) أي لم يذكر محمدٌ رحمه الله في كتاب الزيادات.

(٢) قال الإتقاني في غاية البيان (مخطوط): «إلىٰ هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نُسَخها، ولم تُكتَب هذه النسخة في أكثر نُسخِها، والحقُّ أن تُكتَبَ؛ لأنها إذا لم تُكتب: تخلو مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً». اهـ.

ونَقَلَ كلامَه سعدي في حاشيته علىٰ العناية ٢٨٥/٩، وقال معقِّباً: وأنتَ خبيرٌ بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات، وتبقىٰ مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة. =

. . . .

. . . .

وأشار إلىٰ هذا أيضاً البابرتي في العناية ٢٨٥/٩ أيضاً، حيث قال: «وقع في نُسخ الهداية في هذا الموضع اختلافٌ كثيرٌ، والتعويلُ علىٰ المسموع». اهـ

قلتُ سائد: وأذكر هنا للاحتياط نصَّ نسخة ٩٥٦هـ مع زياداتها، وهي أتمُّ نسخةٍ في هذه الزيادة، وهي مثبتةٌ في نُسخٍ أخرىٰ عديدة:

«وذَكَرَ في «الزيادات»: عبدٌ قَتَلَ مولاه، وللمولىٰ ابنان، فعَفَا أحدُهما: بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولم يذكر خلافاً، وعلىٰ قياسِ قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يكون الجوابُ في تلك المسألة ومسألة «الكتاب»: سواءً.

لهما: (كُتب في حاشية نسخة ٩٨١هـ: هذا دليل مسألة الكتاب، لا الزيادات، أي يجب أن يقتص المولىٰ عبدَه): أن المولىٰ يستوجبُ القصاصَ علىٰ عبده؛ لأنه مبقًّى علىٰ أصل الحرية في حق الدم، فإذا وجب: وجب لكلٍّ واحدٍ منهما نصفُ القَوَدِ شائعاً: نصفُه في ملكه، ونصفُه في ملك صاحبِه، فإذا انقلب نصيبُ أحدِهما مالاً بعفوِ الآخَر: انقلب شائعاً، فما صادف مِلْكَه: يسقط، وبقيَ ما صادف ملكَ صاحبِه، وهو الرُّبعُ.

وله: أن القصاصَ وجب حقاً لهما من غير تعيينٍ، فاحتمل أنه وجب لكلٍّ واحدٍ منهما في كل العبد، أو في النصف: متردِّداً بين نصفِه وبين نصفِ صاحبه، أو فيهما شائعاً.

وكلُّ ذلك لا يَمنعُ (وفي نُسخ: يمنع، بدون نفي) وجوبَ القَوَدِ؛ لأن أجزاءَ العبدِ في حقِ القود ليس بعضُها أَوْلىٰ من بعضٍ، فإذا آلَ حقُّه إلىٰ المال: احتمل وجوبَ الكلِّ، علىٰ اعتبار تعلُّقه بنصيب صاحبِه ـ أي العافي ـ، وبطلانُ الكلِّ: علىٰ اعتبار التعلُّق بنصيبه، ووجوبُ النصف: بأن يتعلَّق بهما شائعاً، والمالُ لا يجبُ بالشك.

وعند أبي يوسف رحمه الله: الجوابُ فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلافَ الرواية.

. . . .

. . . .

* * * * *

ولأبي يوسف في المسألتين: أن حقَّ القصاص يثبت في العبد علىٰ سبيل الشيوع؛ لأن ملكَ المولىٰ لا يمنع استحقاقَ القصاص له، فإذا انقلب مالاً: يكون علىٰ هذا الوجه. =

فعلىٰ اعتبار وجه قولهما: أن القصاص كان واجباً علىٰ العبد لهما.

فإذا عفا أحدُهما: ينقلب نصيبُ الآخَر مالاً، وذلك نصفُ الدية، لكن شائعاً في كل العبد، فما لاقىٰ نصيبَ نفسه: سقط، وما لاقىٰ نصيبَ شريكه، وهو غير العافي: ثبت، فصارت جنايةً موجِبةً ربعَ الدية، فيفديَه بذلك، أو يدفع ربعَه، وهو نصيبُ العافي؛ لأن الجنايةَ لو أوجبت كلَّ الدية: لوجب دفعُ كلِّ العبد.

وجهُ قول أبي حنيفة رحمه الله: أن حقَّ كلِّ واحدٍ منهما في القصاص، فيكون غيرَ معيَّنٍ أيضاً، فعلىٰ تقدير أنه لاقىٰ نصيبَ نفسه: بطل جميعُه، وعلىٰ تقدير أنه لاقىٰ نصيبَ شريكِه: ثبت جميعُه، وعلىٰ تقدير أنه لاقىٰ نصفاً شائعاً من النصيبَيْن: ثبت نصفُه، وبطل نصفُه.

والمالُ لا يجبُ بالشك في نصف العبدِ لكن غيرَ معيَّنٍ؛ لأن كل نصفٍ يصلح محلاً للقصاص، سواءٌ كان ذلك النصفُ نصيبَه أو نصيبَ صاحبِه أو شائعاً من النصيبَيْن، فإذا انقلب نصفُ الذي لم يعفُ مالاً: انقلب في محلِّ القصاص، والله تعالىٰ أعلم». اهـ

فصلٌ

ومَن قَتَلَ عبداً خطأً: فعليه قيمتُه، لا تُزادُ علىٰ عشرةِ آلافِ درهم.

فإن كانت قيمتُه عشرةَ آلافِ درهمٍ أو أكثرَ: قُضِيَ عليه بعشرة آلافٍ إلا عشرةً، وفي الأَمَة إذا زادتْ قيمتُها علىٰ الدية، وهي خمسةُ آلافِ درهمٍ أو أكثر: قُضِيَ لها خمسةُ آلافٍ إلا عشرةً.

فصلٌ

في أحكام الجناية علىٰ العبد

قال: (ومَن قَتَلَ عبداً خطأً: فعليه قيمتُه، لا تُزادُ علىٰ عشرةِ آلافِ درهم.

فإن كانت قيمتُه عشرةَ آلافِ درهمٍ أو أكثرَ: قُضِيَ عليه[1] بعشرة آلافٍ إلا عشرةً.

وفي الأَمَة إذا زادتْ قيمتُها علىٰ الدية، وهي خمسةُ آلافِ درهمٍ أو أكثر: قُضِيَ لها[2] بخمسة آلافٍ إلا عشرةً).

وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف والشافعي[3] رحمهما الله: تجبُ قيمتُه بالغةً ما بَلَغَتْ.

---

(١) أي علىٰ عاقلته، وفي نُسخ: له.

(٢) وفي نُسخ: قُضي له، وفي أخرىٰ: كان له، وفي نُسخ بدون: قُضي له.

(٣) نهاية المطلب ١٦/٣١.

. . . .

ولو غَصَبَ عبداً قيمتُه عشرون ألفاً، فهلَكَ في يدِه: تجبُ قيمتُه بالغةً ما بَلَغَتْ، بالإجماع.

لهما: أن الضمانَ بدلُ الماليَّة، ولهذا يجبُ للمولىٰ، وهو لا يملكُ العبدَ إلا من حيث الماليةُ.

ولو قُتِلَ العبدُ المبيعُ قبلَ القبض: يبقىٰ العقدُ[1]، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً، أو بدلاً، وصار كقليلِ القيمةِ، وكالغصب.

ولأبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله: قولُه تعالىٰ: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾. النساء/٩٢، أوجبها مطلقاً[2]، وهي اسمٌ للواجب بمقابلة الآدمية.

ولأنَّ فيه[3] معنىٰ الآدمية، حتىٰ كان مكلَّفاً، وفيه معنىٰ الماليةِ، والآدميةُ أعلاهما، فيجبُ اعتبارُها بإهدار الأدنىٰ عند تعذُّر الجمع بينهما.

وضمانُ الغصبِ: بمقابلة المالية، إذِ الغصبُ لا يَرِدَ إلا علىٰ المال.

وبقاءُ العقدِ[4]: يَتْبعُ فائدةً، حتىٰ يبقىٰ بعد قَتْلِه عمداً[5] وإن لم يكنِ القصاصُ بدلاً عن المالية، فكذلك في أمر الدية.

---

(١) أي ولا ينفسخ. وفي نُسخ: العبد.

(٢) من غير فصلٍ بين أن يكون المقتول حراً أو عبداً في قتل الخطأ.

(٣) أي العبد.

(٤) هذا جوابٌ عن قولهما، وبيانه: أن بقاء العقد في قتل العبد: يتبع الفائدة، وهي انقلاب القصاص مالاً بالصلح، فبقاؤه: يدل علىٰ أن يبقىٰ لأجل الفائدة. البناية ١٦/١٦١.

(٥) أي حتىٰ يبقىٰ العقد بعد قتله عمداً.

وفي يدِ العبدِ: نصفُ قيمتِه، لا تُزادُ علىٰ خمسةِ آلافٍ إلا خمسةً.

وكلُّ ما يُقدَّرُ به من ديةِ الحرِّ: فهو مقدَّرٌ من قيمة العبدِ.

وفي قليل القيمة: الواجبُ[١] بمقابلة الآدمية، إلا أنه لا سَمْعَ فيه، فقدَّرْناه بقيمته رأياً.

بخلاف كثيرِ القيمة: لأن قيمةَ الحرِّ مقدَّرةٌ بعشرة آلافِ درهمٍ، ونَقصْنا منها في العبد؛ إظهاراً لانحطاط رُتبته.

وتعيينُ العشرة: بأثرِ عبدِ الله بن مسعودٍ رضي الله عنه[٢].

قال: (وفي يدِ العبدِ: نصفُ قيمتِه، لا تُزادُ[٣] علىٰ خمسةِ آلافٍ إلا خمسةً)؛ لأن اليدَ من الآدميِّ نصفُه، فتُعتبرُ بكُلِّه، ويُنقَصُ هذا المقدارُ؛ إظهاراً لانحطاط رُتْبته.

قال: (وكلُّ ما يُقدَّرُ به من ديةِ الحرِّ: فهو مقدَّرٌ من قيمة العبدِ).

---

(١) أي وجوب القيمة.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٨٤: لم أجده. اهـ. قلت: لكن قال الإتقاني في غاية البيان: روىٰ القدوري في شرح مختصر الكرخي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال في قيمة العبد: لا يُزاد علىٰ عشرة آلاف إلا عشرة، وذِكْرُ ابن عباس موضع ابن مسعود: غير صحيح. اهـ

وقال في العناية ٩/٢٨٨: وقع في بعض النسخ ابن عباس رضي الله عنهما، وهو ما روي عنه: لا يُبلَغ بقيمة العبد دية الحر، ويُنقَص منه عشرة دراهم، والأول أصح؛ لموافقته لأكثر النسخ. اهـ، وينظر البناية ١٦/١٦٢، والتعريف والإخبار ٤/١٢٧.

(٣) وفي نُسخ: لا يزاد. بالتذكير.

وإنْ غَصَبَ أمةً قيمتُها عشرون ألفاً، فماتَتْ في يده: فعليه تمامُ قيمتِها.

ومَن قَطَعَ يدَ عبدٍ، فأعتَقَه المولىٰ، ثم مات من ذلك: فإن كان له ورثةٌ غيرُ المولىٰ: فلا قصاصَ فيه، وإلا اقْتُصَّ منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا قصاصَ في ذلك، وعلىٰ القاطعِ أَرْشُ اليد، وما نَقَصَه من ذلك إلىٰ أن أعتَقَه، ويبطلُ الفضلُ.

لأنَّ القيمةَ في العبد: كالدية في الحُرِّ، إذْ هو بدلُ الدم، علىٰ ما قرَّرْناه.

قال: (وإنْ غَصَبَ أمةً قيمتُها عشرون ألفاً، فماتَتْ في يده: فعليه تمامُ قيمتِها)؛ لِمَا بيَّنَّا أنَّ ضمانَ الغصب ضمانُ المالية.

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ عبدٍ، فأعتَقَه المولىٰ، ثم مات من ذلك: فإن كان له ورثةٌ غيرُ المولىٰ: فلا قصاصَ فيه، وإلا اقْتُصَّ منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا قصاصَ في ذلك، وعلىٰ القاطعِ أَرْشُ اليد، وما نَقَصَه من ذلك[1] إلىٰ أن أعتَقَه، ويبطلُ الفضلُ[2]).

وإنما لا يجبُ القصاصُ في الوجه الأول: لاشتباه مَن له الحقُّ؛ لأنَّ القصاصَ يجبُ عند الموتِ مستنِداً إلىٰ وقتِ الجَرْحِ، فعلىٰ اعتبار حالة

---

(١) أي القطع.

(٢) وهو تمام قيمة العبد.

. . . .

الجَرْحِ: يكون الحَقُّ للمولىٰ، وعلىٰ اعتبار الحالةِ الثانية[1]: يكون للورثة، فتَحَقَّقَ الاشتباهُ، وتعذَّرَ الاستيفاءُ، فلا يجبُ علىٰ وجهٍ يُستوفَىٰ، وفيه الكلامُ، واجتماعُهما لا يُزيلُ الاشتباهَ؛ لأن المِلْكَيْن: في الحالَيْن.

بخلاف العبدِ الموصَىٰ بخدمته لرجلٍ، وبرقَبَتِه لآخَرَ إذا قُتِلَ: لأن ما لكلِّ واحدٍ منهما من الحقِّ: ثابتٌ من وقتِ الجَرح إلىٰ وقت الموت، فإذا اجتمعا: زال الاشتباه.

ولمحمدٍ رحمه الله في الخلافية، وهو ما إذا لم يكنْ للعبد ورثةٌ سوىٰ المولىٰ: أن سببَ الولايةِ قد اختَلَفَ؛ لأنه المِلكُ: علىٰ اعتبار إحدىٰ الحالتَيْن[2]، والوِراثةُ بالوَلاء: علىٰ اعتبار الأخرىٰ[3]، فنُزِّلَ منزلةَ اختلافِ المستَحِقِّ فيما يُحتاط فيه، كما إذا قال لآخَرَ: بعتَني هذه الجاريةَ بكذا، فقال المولىٰ: زوَّجتُها منكَ: لا يَحِلُّ له وطؤها.

ولأن الإعتاقَ قاطعٌ للسِّراية، وبانقطاعِها يبقىٰ الجُرْحُ بلا سرايةٍ، والسرايةُ بلا قَطْعٍ، فيمتنعُ القصاصُ.

ولهما: أنَّا تيقَّنَّا بثبوت الولايةِ للمولىٰ، فيستوفِيْه، وهذا لأنَّ المَقْضِيَّ

---

(١) أي حالة الموت.

(٢) أي حالة الجرح.

(٣) وهي حالة الموت.

. . . .

له[1] معلومٌ، والحُكْمَ[2] متَّحِدٌ، فوجب القولُ بالاستيفاء.

بخلاف الفصلِ الأولِ[3]؛ لأن المَقْضِيَّ له مجهولٌ، ولا معتبرَ باختلاف السببِ ها هنا؛ لأن الحكمَ لا يختلف.

بخلاف تلك المسألة؛ لأن مِلْكَ اليمينِ يُغايرُ ملكَ النكاح حُكماً، والإعتاقُ لا يَقطعُ السرايةَ لذاته، بل لاشتباهِ مَن له الحقُّ، وذلك في الخطأ؛ دونَ العمد؛ لأنَّ العبدَ لا يَصلُحُ مالكاً للمال، فعلىٰ اعتبارِ حالةِ الجَرْحِ: يكونُ الحَقُّ للمولىٰ، وعلىٰ اعتبار حالة الموتِ: يكونُ للميت؛ لحُريته، فتُقضىٰ منه ديونُه، وتُنَفَّذُ وصاياه، فجاء الاشتباهُ.

أما العمدُ: فموجَبُه القصاصُ، والعبدُ مُبَقًّى علىٰ أصلِ الحرية فيه.

وعلىٰ اعتبار أن يكون الحَقُّ له: فالمولىٰ هو الذي يتولاَّه، إذْ لا وارثَ له سواه، فلا اشتباهَ فيمَن له الحقُّ.

وإذا امتنع القصاصُ في الفصلَيْن عند محمدٍ رحمه الله: يجبُ أرشُ اليد، وما نَقَصَه من وقتِ الجَرْحِ إلىٰ وقت الإعتاقِ، كما ذكرنا؛ لأنه حَصَلَ علىٰ ملكِه، ويبطلُ الفضلُ.

---

(١) أي المولىٰ.
(٢) أي المقضيُّ به، وهو القصاص.
(٣) أي كان له ورثةٌ غير المولىٰ.

ومَن قال لعبدَيْه : أحدُكما حُرٌّ، ثم شُجَّا، فأَوْقَعَ العتقَ علىٰ أحدِهما : فأَرْشُهما للمولىٰ.

وعندهما: الجوابُ في الفصل الأول: كالجواب عند محمدٍ رحمه الله في الفصل الثاني.

قال: (ومَن قال لعبدَيْه: أحدُكما حُرٌّ، ثم شُجَّا، فأَوْقَعَ العتقَ علىٰ أحدِهما: فأَرْشُهما للمولىٰ)؛ لأن العتقَ غيرُ نازلٍ في المعيَّن، والشَّجَّةُ تصادفُ المعيَّنَ، فبَقِيَا مملوكَيْن في حقِّ الشجَّة.

ولو قَتَلَهما رجلٌ: تجبُ ديةُ حُرٍّ، وقيمةُ عبدٍ.

والفَرْقُ: أنَّ البيانَ إنشاءٌ من وجهٍ، وإظهارٌ من وجهٍ، علىٰ ما عُرِفَ[1]، وبعدَ الشجَّة: بقيَ مَحَلاًّ للبيان، فاعتُبر إنشاءً في حَقِّهما، وبعدَ الموت: لم يبقَ محلاًّ للبيان، فاعتبرناه إظهاراً مَحْضاً، وأحدُهما حُرٌّ بيقينٍ، فتجبُ قيمةُ عبدٍ، وديةُ حُرٍّ.

بخلاف ما إذا قَتَلَ كلَّ واحدٍ منهما[2] رجلٌ: حيثُ تجبُ قيمةُ المملوكَيْن؛ لأنَّا لم نتيقَّنْ بقتلِ كلِّ واحدٍ منهما حراً، وكلٌّ منهما يُنكِرُ ذلك.

ولأن القياسَ يأبىٰ ثبوتَ العتقِ في المجهولِ؛ لأنه لا يفيدُ فائدته.

وإنما صحَّحْناه: ضرورةَ صحةِ التصرُّف، وأثبتنا له ولايةَ النقل من

---

(١) أي في علم أصول الفقه. البناية ١٦/١٦٨.

(٢) أي معاً.

ومَن فَقَأَ عينَيْ عبدٍ: فإن شاء المولىٰ دَفَعَ عبدَه، وأَخَذَ قيمتَه، وإن شاء أَمْسَكَه، ولا شيءَ له من النقصان عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء أمسك العبدَ، وأَخَذَ ما نَقَصَه، وإن شاء دَفَعَ العبدَ، وأَخَذَ قيمتَه.

المجهول إلىٰ المعلوم، فيَتقدَّرُ بقَدْر الضرورةِ، وهي في النفس، دون الأطرافِ، فبقيَ كلٌّ مملوكاً في حقِّها[1].

قال: (ومَن فَقَأَ عينَيْ عبدٍ: فإن شاء المولىٰ دَفَعَ عبدَه، وأَخَذَ قيمتَه، وإن شاء أَمْسَكَه، ولا شيءَ له من النقصان عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء أمسك العبدَ، وأَخَذَ ما نَقَصَه، وإن شاء دَفَعَ العبدَ، وأَخَذَ قيمتَه).

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: يُضَمِّنُه كلَّ القيمة، ويُمسكُ الجُثَّةَ[3]؛ لأنه يَجعَلُ الضمانَ مقابَلاً بالفائت، فبقِيَ الباقي علىٰ مِلْكِه، كما إذا قَطَعَ إحدىٰ يديه، أو فَقَأَ إحدىٰ عَيْنَيْه.

ونحن نقول: إن معنىٰ الماليةَ قائمةٌ في الذات، وهي معتبرةٌ في حقِّ الأطراف؛ لسقوط اعتبارِها في حقِّ الذات[4]؛ قَصْراً عليه.

---

(١) أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشجة. البناية ١٦/١٦٩.

وفي نُسخ: حقهما.

(٢) المهذب ٣/٣٢٥.

(٣) أي يمسكُ المولىٰ ذاتَ العبد، والجُثَّةُ: شخص الإنسان. مختار الصحاح.

(٤) أي جميع البدن.

. . . .

وإذا كانت معتبرةً وقد وُجِدَ إتلافُ النفسِ من وجهٍ، بتفويتِ جنسِ المنفعةِ، والضمانُ يَتقدَّرُ بقيمة الكلِّ: فوَجَبَ أنْ يتملَّكَ الجثةَ؛ دفعاً للضرر، ورعايةً للمماثلة.

بخلاف ما إذا فَقَأَ عينَيْ حُرٍّ؛ لأنه ليس فيه معنىٰ المالية.

وبخلافِ عينَيِ المدبَّرِ؛ لأنه لا يَقبلُ الانتقالَ من ملكٍ إلىٰ ملكٍ، وفي قَطْعِ إحدىٰ اليدَيْن، وفَقْءِ إحدىٰ العينَيْن: لم يوجد تفويتُ جنسِ المنفعة.

ولهما: أن معنىٰ المالية لَمَّا كان معتبراً: وجب أن يتخيَّرَ المولىٰ علىٰ الوجه الذي قلناه، كما في سائر الأموال، فإنَّ مَن خرَّقَ ثوبَ غيره خَرْقاً فاحشاً: إن شاء المالكُ دفَعَ الثوبَ إليه، وضمَّنَه قيمتَه، وإن شاء أمسَكَ الثوبَ، وضمَّنَه النقصانَ.

وله: أنَّ الماليةَ وإن كانت معتبرةً في الذات، فالآدميةُ غيرُ مُهدَرَةٍ فيه، وفي الأطراف أيضاً.

ألا ترىٰ أن عبداً لو قَطَعَ يدَ عبدٍ آخَرَ: يُؤمَرُ المولىٰ بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجَبَ الجنايةِ علىٰ المال: أن تُباعَ رقبتُه فيها.

ثم من أحكام الأُولىٰ[1]: أنْ لا يَنقسِمَ علىٰ الأجزاء، ولا يَتملَّكَ[2] الجُثَّةَ.

---

(١) أي أحكام الآدمية.

(٢) أي لا يتملك الجاني الذي فقأ ذات العبد.

. . . .

ومن أحكام الثانية[1]: أنْ ينقسِمَ علىٰ الأجزاء، ويتملَّكَ الجُثَّةَ، فوفَّرْنا علىٰ الشَّبَهَيْن حظَّهما من الحُكْم، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي أحكام المالية.

فصلٌ
في جناية المُدَبَّرِ، وأُمِّ الولد

وإذا جَنَىٰ المدبَّرُ، أو أُمُّ الولدِ جنايةً: ضَمِنَ المولىٰ الأقلَّ من قيمتِه ومن أَرْشِها.

فصلٌ
في جناية المُدَبَّرِ، وأُمِّ الولد

قال: (وإذا جَنَىٰ المدبَّرُ، أو أُمُّ الولدِ جنايةً: ضَمِنَ المولىٰ الأقلَّ من قيمتِه[1] ومن أَرْشِها[2]).

لِمَا رُوي عن أبي عبيدة بنِ الجرَّاحِ رضي الله عنه أنه قضىٰ بجناية المدبَّرِ علىٰ مولاه[3].

---

(١) أي قيمة كلٍّ منهما بوصف التدبير والاستيلاد، وقد جاء في نُسخ من القدوري: الأقل من قيمتهما، ومن أرش جنايتهما. ينظر لاختلاف نُسخ القدوري ما علَّقته علىٰ اللباب للميداني ٤/٤١٣.

(٢) أي أرش جنايتهما.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٣٢٦)، وقد قضىٰ بذلك بمحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم من نكير، وكان يومئذ أميراً بالشام، فكان إجماعاً. تبيين الحقائق ٦/١٦٤، البناية ١٦/١٧٣.

. . . .

ولأنه صار مانعاً عن تسليمِه في الجنايةِ بالتدبيرِ أو الاستيلاد من غير اختياره الفداءَ، فصار كما إذا فَعَلَ ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم.

وإنما يجبُ الأقلُّ من قيمته ومن الأرش: لأنه لا حَقَّ لوليِّ الجنايةِ في أكثرَ من الأرش، ولا مَنْعَ من المولىٰ في أكثرَ من القيمة.

ولا تخييرَ بين الأقلِّ والأكثرِ؛ لأنه لا يُفيدُ في جنسٍ واحدٍ؛ لاختيارِه الأقلَّ لا محالة.

بخلاف القِنِّ[1]؛ لأن الرَّغَباتِ صادقةٌ في الأعيانِ، فيُفيدُ التخييرَ بين الدفعِ والفداء.

وجناياتُ المدبَّرِ وإن توالَتْ: لا توجِبُ إلا قيمةً واحدةً؛ لأنه لا مَنْعَ منه إلا في رقبةٍ واحدةٍ.

ولأنَّ دَفْعَ القيمةِ فيه: كدَفْع العبدِ[2]، وذلك لا يتكرَّرُ، فهذا كذلك.

ويتضاربون بالحِصَص فيها.

وتُعتبرُ قيمتُه لكلِّ واحدٍ في حالِ الجناية عليه؛ لأنَّ المنعَ في هذا الوقت يتحقَّقُ.

---

(١) حيث يُخيَّر بين الدفع والفداء.

(٢) أي في القِنِّ.

فإن جنىٰ جنايةً أخرىٰ وقد دَفَعَ المولىٰ القيمةَ إلىٰ وليِّ الجنايةِ الأُوْلىٰ بقضاءٍ : فلا شيءَ عليه.

وإن كان المولىٰ دَفَعَ القيمةَ بغير قضاءٍ : فالوليُّ بالخيار : إن شاء اتَّبع المولىٰ، وإن شاء اتَّبَعَ وليَّ الجناية الأُولىٰ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا شيءَ علىٰ المولىٰ.

قال: (فإن جنىٰ جنايةً أخرىٰ وقد دَفَعَ المولىٰ القيمةَ إلىٰ وليِّ الجنايةِ الأُوْلىٰ بقضاءٍ: فلا شيءَ عليه[1])؛ لأنه مجبورٌ علىٰ الدفع.

قال: (وإن كان المولىٰ دَفَعَ القيمةَ بغير قضاء: فالوليُّ بالخيار: إن شاء اتَّبع المولىٰ، وإن شاء اتَّبَعَ وليَّ الجناية الأُولىٰ[2]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شيءَ علىٰ المولىٰ).

لأنه حين دَفَعَ لم تكنِ الجنايةُ الثانيةُ موجودةً، فقد دَفَعَ كلَّ الحَقِّ إلىٰ مُستَحِقِّه، وصار كما إذا دَفَعَ بالقضاء.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ المولىٰ جانٍ بدَفْعِ حَقِّ وليِّ الجناية الثانية طوعاً، ووليُّ الأُولىٰ ضامِنٌ بقَبْضِ حَقِّه ظلماً، فيُخيَّر.

وهذا لأن الثانيةَ مقارِنةٌ حُكْماً من وجهٍ، ولهذا يُشارِكُ وليَّ الجنايةِ الأُولىٰ، ومتأخِّرةٌ حُكْماً، من حيث إنه تُعتبرُ قيمتُه يومَ الجناية الثانية في

---

(١) أي علىٰ المولىٰ، وجاء زيادة في بداية المبتدي ص٧٠٧، وهي: فلا شيء عليه، ويتَّبعُ وليُّ الجناية الثانية وليَّ الجناية الأُولىٰ، فيشاركه فيما أخذ.

(٢) فإن اتَّبع المولىٰ: فله أن يرجع علىٰ ولي الجناية الأولىٰ. حاشية سعدي.

وإذا أعتق المولىٰ المدبَّرَ وقد جنىٰ جناياتٍ: لم تلزَمْه إلا قيمةٌ واحدةٌ.

وأمُّ الولدِ: بمنزلة المدبَّرِ في جميع ما وصفنا.

وإذا أقرَّ المدبَّرُ بجنايةٍ: لم يَجُزْ إقرارُه، ولا يلزَمُه به شيءٌ، عَتَقَ أو لم يَعتِقْ.

حقِّها، فجُعِلَتْ كالمقارِنة في حقِّ التضمين؛ لإبطاله ما تعلَّقَ به من حقِّ وليِّ الثانية؛ عملاً بالشبَهَيْن.

قال: (وإذا أعتق المولىٰ المدبَّرَ وقد جنىٰ جناياتٍ: لم تلزَمْه إلا قيمةٌ واحدةٌ)؛ لأن الضمانَ إنما وجب عليه: بالمنع، فصار وجودُ الإعتاقِ من بعدُ، وعَدَمُه: بمنزلةٍ.

قال: (وأمُّ الولدِ: بمنزلة المدبَّرِ في جميع ما وصفنا)؛ لأن الاستيلادَ مانعٌ من الدفع، كالتدبير.

قال: (وإذا أقرَّ المدبَّرُ بجنايةٍ: لم يَجُزْ إقرارُه، ولا يلزَمُه به شيءٌ، عَتَقَ أو لم يَعتِقْ)؛ لأن موجَبَ جناية الخطأِ: علىٰ سيدِه، وإقرارُه به: لا يَنْفُذُ علىٰ السيِّد، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
غَصْب العبدِ والمدبَّرِ والصبيِّ، والجناية في ذلك

ومَن قَطَعَ يدَ عبدِهِ، ثم غَصَبَه رجلٌ، ومات في يدِهِ من القطع : فعليه قيمتُه أقطعَ.

وإن كان المولىٰ قَطَعَ يدَه في يدِ الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب : فلا شيءَ عليه.

باب
غَصْب العبدِ والمدبَّرِ والصبيِّ، والجناية في ذلك

قال: (ومَن قَطَعَ يدَ عبدِهِ، ثم غَصَبَه رجلٌ، ومات في يدِهِ من القطع: فعليه[1] قيمتُه أقطعَ.

وإن كان المولىٰ قَطَعَ يدَه في يدِ الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب: فلا شيءَ عليه).

والفَرْقُ: أن الغصبَ قاطعٌ للسراية؛ لأنه سببُ الملك، كالبيع، فيصيرُ كأنه هَلَكَ بآفةٍ سماويةٍ، فتجبُ قيمتُه أقطعَ، ولم يوجدِ القاطعُ[2] في الفصل

---

(١) أي علىٰ الغاصب.

(٢) أي قاطع السراية في المسألة الثانية.

وإذا غَصَبَ العبدُ المحجورُ عليه عبداً محجوراً عليه، فمات في يده: فهو ضامِنٌ.

ومَن غَصَبَ مدبَّراً، فجنىٰ عنده جنايةً، ثم ردَّه علىٰ المولىٰ، فجنىٰ عنده جنايةً أخرىٰ: فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان.

ويَرجعُ المولىٰ بنصف قيمتِه علىٰ الغاصب.

الثاني، فكانتِ السرايةُ مضافةً إلىٰ البداية، فصار المولىٰ متلِفاً، فيصيرُ مستردّاً، كيف وأنه استولىٰ عليه، وهو استردادٌ، فيَبرأُ الغاصبُ عن الضمان.

قال: (وإذا غَصَبَ العبدُ المحجورُ عليه عبداً محجوراً عليه، فمات في يده: فهو ضامِنٌ)؛ لأن المحجورَ عليه مؤاخَذٌ بأفعاله.

قال: (ومَن غَصَبَ مدبَّراً، فجنىٰ عنده جنايةً، ثم ردَّه علىٰ المولىٰ، فجنىٰ عنده جنايةً أخرىٰ: فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان)؛ لأن المولىٰ بالتدبير السابقِ أعجزَ نفسَه عن الدفع من غيرِ أن يصيرَ مختاراً للفداء، فيصيرُ مُبطِلاً حقَّ أولياءِ الجناية، إذْ حَقُّهم فيه، ولم يَمنَعْ إلا رقبةً واحدةً، فلا يُزادُ علىٰ قيمتِها، وتكونُ بين وليَّيِ الجنايتَيْن نصفَيْن؛ لاستوائهما في الموجَبِ.

قال: (ويَرجعُ المولىٰ بنصف قيمتِه علىٰ الغاصب)؛ لأنه استُحِقَّ نصفُ البدلِ بسببٍ كان في يدِ الغاصبِ، فصار كما إذا استُحِقَّ نصفُ العبدِ بهذا السببِ[1].

---

(١) أي بسبب كان في يد الغاصب.

ويَدْفعُه إلىٰ وليِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ثم يرجعُ بذلك علىٰ الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يَرجِعُ بنصفِ قيمتِه، فيَسلَمُ له.

وإن كان جنىٰ عند المولىٰ، فغَصَبَه رجلٌ، فجنىٰ عندَه جنايةً أخرىٰ: . .

قال: (ويَدْفعُه إلىٰ وليِّ الجنايةِ الأُولىٰ، ثم يرجعُ بذلك علىٰ الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يَرجِعُ بنصفِ قيمتِه، فيَسلَمُ[1] له[2])؛ لأن الذي يرجعُ به المولىٰ علىٰ الغاصب عِوَضُ ما سَلَّمَ لوليِّ الجناية الأُولىٰ، فلا يدفعُه إليه؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ اجتماع البدلِ والمُبدَلِ في ملكِ رجلٍ واحدٍ، وكي لا يتكرَّرَ الاستحقاقُ.

ولهما: أنَّ حقَّ الأولِ في جميع القيمة؛ لأنه حين جنىٰ في حَقِّه: لا يُزاحِمُه أحدٌ.

وإنما انتَقَصَ: باعتبار مزاحمةِ الثاني، فإذا وَجَدَ شيئاً من بدلِ العبدِ في يدِ المالكِ فارغاً: يأخذُه ليَتِمَّ حَقُّه.

فإذا أَخَذَه منه: يرجعُ المولىٰ بما أَخَذَه علىٰ الغاصب؛ لأنه استُحِقَّ من يدِه بسببٍ كان في يدِ الغاصب.

قال: (وإن كان جنىٰ عند المولىٰ، فغَصَبَه رجلٌ، فجنىٰ عندَه جنايةً أخرىٰ:

---

(١) وفي نُسخ: فيُسلَّم.

(٢) أي للمولىٰ.

فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان، ويَرجعُ بنصفِ القيمةِ علىٰ الغاصب، فيدفعُه إلىٰ وليِّ الجناية الأُولىٰ، ولا يَرجعُ به علىٰ الغاصبِ.

ومَن غَصَبَ عبداً، فجنىٰ في يدِه، ثم ردَّه، فجنىٰ جنايةً أخرىٰ: فإنَّ المولىٰ يدفعُه إلىٰ ولِيَّي الجنايتَيْن، ثم يرجعُ به علىٰ الغاصبِ بنصفِ قيمته، فيَدفعُه إلىٰ الأولِ، ويرجعُ به علىٰ الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان[1]، ويَرجعُ بنصفِ القيمةِ علىٰ الغاصب)؛ لِمَا بيَّنَّا في الفصل الأول، غيرَ أن استحقاقَ النصفِ حَصَلَ بالجناية الثانية، إذْ كانت هيَ في يدِ الغاصب.

(فيدفعُه إلىٰ وليِّ الجناية الأُولىٰ، ولا يَرجعُ به علىٰ الغاصبِ)، وهذا بالإجماع، بخلاف الفصلِ الأول عند محمدٍ رحمه الله.

ثم وَضَعَ محمدٌ[2] رحمه الله المسألةَ في العبد، فقال: (ومَن غَصَبَ عبداً، فجنىٰ في يدِه، ثم ردَّه، فجنىٰ جنايةً أخرىٰ: فإنَّ المولىٰ يدفعُه إلىٰ ولِيَّي[3] الجنايتَيْن، ثم يرجعُ به علىٰ الغاصبِ بنصفِ قيمته، فيَدفعُه إلىٰ الأولِ، ويرجعُ به علىٰ الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) وفي نُسخ: نصفين.

(٢) أي في الجامع الصغير. البناية ١٦/١٨١.

(٣) وفي نُسخ: ولي. بالإفراد.

وقال محمدٌ رحمه الله : يرجعُ بنصفِ القيمةِ، فيَسْلَمُ له .

وإن جنىٰ العبدُ عند المولىٰ، ثم غَصَبَه، فجنىٰ في يدِه : دَفَعَه المولىٰ إلىٰ أوليائهم نصفَيْن، ويَرجعُ بنصفِ قيمتِه، فيدفعُه إلىٰ الأول، ولا يَرجعُ به .

ومَن غَصَبَ مدبَّراً، فجنىٰ عندَه جنايةً، ثم ردَّه علىٰ المولىٰ، ثم غَصَبَه، ثم جنىٰ عندَه جنايةً أخرىٰ، فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان.

ثم يَرجعُ بقيمته علىٰ الغاصب.

وقال محمدٌ رحمه الله: يرجعُ بنصفِ القيمةِ، فيَسْلَمُ[1] له.

وإن جنىٰ العبدُ عند المولىٰ، ثم غَصَبَه، فجنىٰ في يدِه: دَفَعَه المولىٰ إلىٰ أوليائهم نصفَيْن، ويَرجعُ بنصفِ قيمتِه، فيدفعُه إلىٰ الأول[2]، ولا يَرجعُ به).

والجوابُ في العبدِ: كالجوابِ في المدبَّر في جميع ما ذكرنا، إلا أنَّ في هذا الفصلِ يَدفعُ المولىٰ العبدَ، وفي الأولِ يدفعُ القيمةَ.

قال: (ومَن غَصَبَ مدبَّراً، فجنىٰ عندَه جنايةً، ثم ردَّه علىٰ المولىٰ، ثم غَصَبَه، ثم جنىٰ عندَه جنايةً أخرىٰ، فعلىٰ المولىٰ قيمتُه بينهما نصفان[3])؛ لأنه مَنَعَ رقبةً واحدةً بالتدبير، فيجبُ عليه قيمةٌ واحدةٌ.

(ثم يَرجعُ بقيمته علىٰ الغاصب)؛ لأن الجنايتَيْن كانتا في يدِ الغاصب.

---

(١) وضُبطت في نُسخ: فيُسَلِّم.

(٢) أي ولي الجناية الأُولىٰ.

(٣) وفي نُسخ: نصفين.

فيَدفعُ نصفَها إلىٰ الأول، ويَرجعُ به علىٰ الغاصب.

ومَن غَصَبَ صبيّاً حُرّاً، فمات في يدِه فَجْأَةً، أو بحُمَّىً: . . . .

(فيَدفعُ نصفَها إلىٰ الأول[1])؛ لأنه استُحِقَّ كلُّ القيمة؛ لأن عندَ وجودِ الجناية عليه لا حَقَّ لغيره، وإنما انتَقَصَ بحُكْمِ المزاحمةِ من بعد.

قال: (ويَرجعُ به[2] علىٰ الغاصب)؛ لأن الاستحقاقَ كان بسببٍ كان في يدِه؛ ويُسلِّمُ له[3]، ولا يَدفعُه إلىٰ وليِّ الجناية الأُولىٰ، ولا إلىٰ وليِّ الجنايةِ الثانيةِ؛ لأنه لا حَقَّ له إلا في النصف؛ لسَبْقِ حَقِّ الأول، وقد وَصَلَ ذلك إليه.

ثم قيل: هذه المسألةُ علىٰ الاختلاف، كالأُولىٰ، وقيل: علىٰ الاتفاق.

والفَرْقُ لمحمدٍ رحمه الله: أنَّ في الأُولىٰ: الذي يرجعُ به: عِوَضٌ عما سَلَّمَ لوليِّ الجناية الأُولىٰ؛ لأن الجنايةَ الثانيةَ كانت في يدِ المالك، فلو دَفَعَ إليه ثانياً: يَتكرَّرُ الاستحقاقُ.

وأما في هذه المسألة: فيُمكِنُ أنْ يُجْعَلَ عوضاً عن الجناية الثانية؛ لحصولها في يد الغاصب، فلا يؤدي إلىٰ ما ذكرناه.

قال: (ومَن غَصَبَ صبيّاً حُرّاً، فمات في يدِه فَجْأَةً[4]، أو بحُمَّىً:

---

(١) أي ولي الجناية الأُولىٰ.

(٢) أي بالنصف الذي دفعه ثانياً إلىٰ ولي الجناية الأُولىٰ. البناية ١٨٢/١٦.

(٣) أي للمولىٰ، وضُبطت في نُسخ: ويَسْلَمُ له.

(٤) وفي نُسخ: فُجاءةً.

فليس عليه شيءٌ.

وإن مات من صاعقةٍ، أو نَهَشَتْه حيَّةٌ: فعلىٰ عاقلةِ الغاصب الديةُ.

فليس عليه شيءٌ.

وإن مات من صاعقةٍ، أو نَهَشَتْه[١] حيَّةٌ: فعلىٰ عاقلةِ الغاصب الديةُ)، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أنَّ لا يَضمَنَ في الوجهَيْن، وهو قولُ زفرَ والشافعيِّ[٢] رحمهما الله؛ لأن الغصبَ في الحرِّ لا يتحقَّقُ، ألا يُرىٰ أنه لو كان مكاتَباً صغيراً: لا يَضمَنُه مع أنه حرٌّ يداً، فإذا كان الصغيرُ حرّاً رقبةً ويداً: أَوْلىٰ أن لا يَضمَن.

وجهُ الاستحسان: أنه لا يَضمَنُ بالغصب، ولكن يَضمَنُ بالإتلاف، وهذا إتلافٌ تسبيباً؛ لأنه نَقَلَه إلىٰ أرضٍ مَسْبَعَةٍ[٣]، أو إلىٰ مكانِ الصواعق.

وهذا لأن الصواعقَ والحيَّاتِ والسِّباعَ لا تكون في كلِّ مكان، فإذا نَقَلَه إليه[٤]: فهو متعدٍّ فيه، وقد أزال حفظَ الوليِّ، فيُضافُ إليه؛ لأن شَرْطَ العلةِ يُنَزَّلُ مَنزلةَ العلة إذا كان تعدِّياً، كالحَفْر في الطريق.

---

(١) وفي نُسخ: نَهَسَتْه: بالسين. قلت: نهس، ونهش: بمعنىً واحد، وفي نُسخ: أو نَهْسةِ حيةٍ.

(٢) روضة الطالبين ٥/٧.

(٣) علىٰ وزن: مَرْحَلَة: أي أرضٌ يأوي إليها السِّبَاعُ.

(٤) أي إلىٰ موضعٍ تكون فيه الأشياء المذكورة.

وإذا أُوْدِعَ صبيٌّ عبداً، فقَتَلَه: فعلىٰ عاقلتِه الديةُ.

وإن أُودِعَ طعاماً، فأَكَلَه: لم يَضمَن.

بخلاف الموتِ فجأةً أو بحُمَّىً؛ لأن ذلك لا يختلفُ باختلاف الأماكن، حتىٰ لو نَقَلَه إلىٰ موضعٍ تَغْلِبُ فيه الحُمَّىٰ والأمراضُ: نقول بأنه يَضمنُ، فتجبُ الديةُ علىٰ العاقلةِ؛ لكونه قَتْلاً تسبيباً.

قال: (وإذا أُوْدِعَ صبيٌّ عبداً، فقَتَلَه[1]: فعلىٰ عاقلتِه[2] الديةُ.

وإن أُودِعَ طعاماً، فأَكَلَه: لم يَضمَن)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف والشافعيُّ[3] رحمهما الله: يضمَنُ في الوجهَيْن جميعاً.

وعلىٰ هذا: إذا أُودِعَ العبدُ المحجورُ عليه مالاً، فاستهلَكَه: لا يُؤاخَذُ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويُؤاخَذُ به بعد العتق.

وعند أبي يوسف والشافعيِّ[4] رحمهما الله: يُؤاخَذُ به في الحال.

وعلىٰ هذا الخلافِ: الإقراضُ، والإعارةُ في العبدِ، والصبيِّ.

وقال محمدٌ في أصل «الجامع الصغير»[5]: صبيٌّ قد عَقَلَ.

---

(١) أي فقتل الصبيُّ العبدَ المودَعَ. البناية ١٦/١٨٥.

(٢) أي عاقلة الصبي.

(٣) له فيها قولان. الحاوي الكبير ١٢/٢٩٦.

(٤) له فيها قولان. نهاية المطلب ٦/٤٥٧.

(٥) الجامع الصغير ص٢٥٠، مع التنبيه أن محقق الجامع الصغير جعل من فوارق النُّسخ: صبيٌّ يعقل، ولم يُثبت في الأعلىٰ لفظ: يعقل. =

. . . .

وفي «الجامع الكبير[1]» وَضَعَ المسألةَ في صبيٍّ ابنِ اثنتي عشرةَ سنةً.

وهذا يدلُّ علىٰ أنَّ غيرَ العاقلِ يضمنُ، بالاتفاق[2]؛ لأن التسليطَ غيرُ معتبَرٍ، وفعلُه معتبَرٌ.

لهما: أنه أتلف مالاً متقوِّماً معصوماً حقّاً لمالكِه، فيجبُ عليه الضمانُ، كما إذا كانتِ الوديعةُ عبداً، وكما إذا أتلفه غيرُ الصبيِّ في يدِ الصبيِّ المودَع.

ولأبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله: أنه أتلف مالاً غيرَ معصومٍ، فلا يجبُ الضمانُ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه.

وهذا لأن العصمةَ تَثبتُ حقّاً له، وقد فوّتَها علىٰ نفسه، حيث وَضَعَ المالَ في يدٍ مانعةٍ، فلا يبقىٰ مستحِقّاً للنظر، إلا إذا أقام غيرَه مقامَ نفسِه في

قلت: وإن تعبير: أصل الجامع الصغير: لم يشرحه العيني في البناية ١٦/١٨٦، ولا غيرُه من الشرَّاح، حيث إن الغالب هو استعمال تعبير: وفي الجامع الصغير.

ولعل المراد بتعبير: أصل الجامع الصغير: أي الذي ألَّفه الإمام محمد أولاً، ثم تلاه تعديلٌ منه له، وجاء في حاشية نسخة ٩٨١هـ: أي في نفس الجامع الصغير.

(١) ص٣٦٤.

(٢) أي بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله، وينظر لزاماً البناية ١٦/١٨٦ حيث نَقَلَ عن شرَّاح الجامع الصغير الخلافَ فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً: فلا يضمن في قولهم جميعاً.

وإن استَهلك مالاً : ضَمِنَ .

الحفظ، ولا إقامةَ ها هنا؛ لأنه لا ولايةَ له علىٰ الاستقلال[1] علىٰ الصبيِّ، ولا للصبيِّ ولايةٌ علىٰ نفسه.

بخلاف البالغِ والمأذونِ له؛ لأن لهما ولايةً علىٰ أنفسِهما.

وبخلاف ما إذا كانت الوديعةُ عبداً؛ لأن عصمتَه لحَقِّه، إذْ هو مبقًّى علىٰ أصل الحرية في حقِّ الدم.

وبخلاف ما إذا أتلفه غيرُ الصبيِّ في يدِ الصبيِّ؛ لأنه سقطتِ العصمةُ بالإضافة إلىٰ الصبيِّ الذي وَقَعَ[2] في يدِه المالُ، دونَ غيرِه.

قال: (وإن استَهلك مالاً: ضَمِنَ)، يريدُ به: من غيرِ إيداعٍ؛ لأن الصبيَّ يؤاخَذُ بأفعاله، وصحةُ القصدِ لا معتبرَ بها في حقوق العبادِ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب[3].

* * * * *

---

(١) قوله: علىٰ الاستقلال: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) وفي نُسخ: وُضِع.

(٣) وكتَبَ الناسخ هنا في نسخة ٦٠٩هـ، وهي النسخة التي علَّق عليها العلامة سعدي، كتَبَ الناسخ: «تمَّ هذا الباب بما فيه من المسائل الصِّعاب والعُجاب، بتوفيق الله العزيز الوهاب». اهـ

باب القَسَامة

وإذا وُجِدَ القتيلُ في مَحَلَّةٍ، لا يُعلَمُ مَن قَتَلَه : استُحْلِفَ خمسونَ رجلاً منهم، يَتخيَّرُهُمُ الوليُّ : باللهِ ما قَتَلْناه، ولا عَلِمْنا له قاتلاً.

باب القَسَامة

قال: (وإذا وُجِدَ القتيلُ في مَحَلَّةٍ، لا يُعلَمُ مَن قَتَلَه: استُحْلِفَ خمسونَ رجلاً منهم، يَتخيَّرُهُمُ الوليُّ: باللهِ ما قَتَلْناه[١]، ولا عَلِمْنا له قاتلاً).

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: إذا كان هناك لَوْثٌ[٣]: استُحْلِفَ الأولياءُ خمسينَ يميناً، ويُقضَىٰ لهم[٤] بالدية علىٰ المدَّعىٰ عليه، عمداً كانتِ الدعوىٰ أو خطأً.

وقال مالكٌ[٥] رحمه الله: يُقضىٰ بالقَوَدَ إذا كانتِ الدعوىٰ في القتل العمد، وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ رحمه الله.

---

(١) أي يحلفون بهذا التعبير من القَسَم.

(٢) المهذب ٣/٤٢٨.

(٣) أي دمٌ علىٰ شخصٍ معيَّنٍ بعلامةٍ تدل علىٰ ذلك. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، والمغرب للمطرزي (لوث).

(٤) أي لأولياء الدم. وفي نُسخ: له: بدل: لهم.

(٥) التلقين ص١٤٩.

. . . .

واللَّوْثُ عندهما[1]: أن تكونَ هناك علامةُ القتلِ علىٰ واحدٍ بعينِه، أو ظاهرٌ يَشهدُ للمدعي، من عداوةٍ ظاهرةٍ، أو شهادةِ عدْلٍ، أو جماعةٍ غيرِ عدول أنَّ أهلَ المَحَلَّةِ قَتلوه.

وإن لم يكنِ الظاهرُ شاهداً له: فمَذهبه[2]: مثلُ مذهبِنا، غيرَ أنه لا يَتكرَّرُ اليمينُ، بل يَردُّها علىٰ الولي[3]، وإذا حَلَفوا: لا ديةَ عليهم.

للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الوليِّ: قولُه عليه الصلاة والسلام للأولياء: «فيُقْسِمُ منكم خمسونَ أنهم قتَلَوه»[4].

ولأنِ اليمينَ تجبُ علىٰ مَن يَشهَدُ له الظاهرُ، ولهذا تجبُ علىٰ صاحبِ اليدِ.

فإذا كان الظاهرُ شاهداً للولي: يُبدَأ بيمينه.

---

(١) أي الإمام مالك والشافعي رحمهما الله.

(٢) أي مذهب الإمام الشافعي رحمه الله مثل مذهبنا، علىٰ أنْ يُستحلَف خمسون رجلاً منهم، ولا يُستحلف الأولياء، لكن عنده: ألا يتكرر اليمينُ لو كان أهل المحلة أقلَّ من خمسين، بل يردها علىٰ المولىٰ، أي يُعطىٰ بعضٌ من خمسين يميناً علىٰ أهل المحلة، ويُعطىٰ بعضٌ منها علىٰ ولي المقتول، حتىٰ تتمَّ خمسين يميناً، لكن عندنا تتكرر اليمين لو كان أهلُ المحلة أقلَّ من خمسين. اهـ حاشية نسخة ٩٨١هـ النسخة النفيسة، وينظر مغني المحتاج ٤/١١٥.

(٣) أي ولي المقتول.

(٤) صحيح البخاري(٣١٧٣)، صحيح مسلم (١٦٦٩).

. . . .

ورَدُّ اليمينِ علىٰ المدَّعي أصلٌ له[١]، كما في النكول، غيرَ أنَّ هذه دلالةٌ فيها نوعُ شبهةٍ، والقصاصُ لا يُجامِعُها، والمالُ يجبُ معها، فلهذا وَجَبَتِ الديةُ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «البيِّنةُ علىٰ المدعي، واليمينُ علىٰ المدعىٰ عليه»[٢]، وفي روايةٍ[٣]: «واليمينُ علىٰ مَن أنكَر»[٤].

وروىٰ ابنُ المسيَّبِ رحمه الله أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة، وجَعَلَ الديةَ عليهم[٥]؛ لوجود القتيلِ بين أظهُرِهم.

ولأن اليمينَ حجَّةٌ للدفع، دون الاستحقاق، وحاجةُ الوليِّ إلىٰ الاستحقاق، ولهذا لا يَستحِقُّ بيمينه المالَ المبتذَلَ، فأَوْلىٰ أن لا يَستَحِقَّ به النفسَ المحترَمة.

وقولُه: يتخيَّرُهم الوليُّ: إشارةٌ إلىٰ أنَّ خيارَ تعيين الخمسين إلىٰ الوليِّ؛ لأن اليمينَ حقُّه.

---

(١) أي للإمام الشافعي رحمه الله. البناية ١٦/ ١٩٢.

(٢) سنن الترمذي (١٣٤١)، قال: وفيه مقال، سنن البيهقي (١٧٢٨٨)، نصب الراية ٤/ ٩٥.

(٣) قولُه: وفي روايةٍ: واليمينُ علىٰ مَن أنكر: هكذا مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، وفي طبعات الهداية القديمة.

(٤) أصله في البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١)، وينظر لهذا اللفظ: سنن البيهقي (٢١٢٠٦)، وحسَّنه ابن حجر في فتح الباري ٥/ ٢٨٣.

(٥) مصنف عبد الرزاق (١٨٢٥٢)، الدراية ٢/ ٢٨٤.

وإذا حلفوا : قُضِيَ علىٰ أهلِ المَحَلَّة بالدية، ولا يُسْتَحْلَفُ الوليُّ.

والظاهرُ أنه يختارُ مَن يَتَّهِمُه بالقتل، أو يختارُ صالحي أهلِ المَحَلَّةِ؛ لِمَا أنَّ تحرُّزَهم عن اليمينِ الكاذبة أبلغُ التحرُّزِ، فيَظهَرُ القاتِلُ.

وفائدةُ اليمينِ: النُّكولُ.

فإن كانوا لا يباشرون ويعلَمون[1]: تُفيدُ يمينُ الصالح علىٰ العلم بأبلغَ مما تُفيدُ يمينُ الطَّالِحِ.

ولو اختاروا[2] أعمىً، أو محدوداً في قذفٍ: جاز؛ لأنه يمينٌ، وليس بشهادةٍ.

قال: (وإذا حلفوا: قُضِيَ علىٰ أهلِ المَحَلَّة بالدية، ولا يُسْتَحْلَفُ الوليُّ[3]).

وقال الشافعي[4] رحمه الله: لا تجبُ الديةُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهلٍ رضي الله عنه: «تُبرِئُكُمُ اليهودُ بأيمانها»[5].

---

(١) أي القاتل. البناية ١٦/١٩٤.

(٢) أي اختار أولياء المقتول اليمينَ علىٰ الأعمىٰ. وفي نُسخ: اختار: بالإفراد، والمراد: الولي.

(٣) وفي بداية المبتدي ص٧١٠ زيادةٌ هنا، وهي: ولا يُقضىٰ له بالجناية.

(٤) منهاج الطالبين ١/٢٨٨.

(٥) صحيح مسلم (١٦٦٩).

. . . .

ولأن اليمينَ عُهِدَت في الشَّرْع مُبْرِئةً للمدعىٰ عليه، لا مُلْزِمةً، كما في سائر الدعاوىٰ.

ولنا: أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام جَمَعَ بين الديةِ والقسامة في حديث ابن سهل رضي الله عنه، وفي حديثِ زيادِ بنِ أبي مريم[١] رضي الله عنه.

وكذا جَمَعَ عمرُ رضي الله عنه بينهما علىٰ وادِعَةَ[٢].

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «تُبْرِئكُمُ اليهودُ»: محمولٌ علىٰ الإبراء عن القصاصِ والحبس.

وكذا اليمينُ مُبْرِئةٌ عمَّا وَجَبَ له اليمينُ.

والقسامةُ ما شُرِعتْ لتجبَ الديةُ إذا نَكَلوا، بل شُرِعتْ لِيَظهَرَ القصاصُ بتحرُّزِهم عن اليمين الكاذبة، فيُقِرُّوا[٣] بالقتل، فإذا حَلَفوا: حَصَلَتِ البراءةُ عن القصاص.

ثم الديةُ تجبُ بالقتل الموجودِ منهم ظاهراً؛ لوجود القتيل بين أظهُرِهِم، لا بنكولِهم، أو وَجَبَتْ بتقصيرهم في المحافظة، علىٰ ما عُرِف في القتل الخطأ.

---

(١) ينظر الدراية ٢/٢٨٥.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٨٢٦٦)، الدراية ٢/٢٨٥، ووادعة: بطنٌ من همدان. البناية ١٦/١٩٦.

(٣) وفي نُسخ: فيُقَرُّ.

ومَن أبىٰ منهمُ اليمينَ: حُبِسَ حتىٰ يَحْلِفَ.

قال: (ومَن أبىٰ منهمُ[١] اليمينَ: حُبِسَ حتىٰ يَحْلِفَ)؛ لأنَّ اليمينَ فيه[٢] مُستَحَقَّةٌ لذاتها؛ تعظيماً لأمر الدمِ، ولهذا يُجمَعُ بينها[٣] وبين الدية.

بخلافِ النكول في الأموال؛ لأن اليمينَ بدلٌ عن أصلِ حقِّه، ولهذا تسقطُ[٤] ببَذْلِ المدَّعىٰ[٥]، وفيما نحن فيه: لا تسقطُ ببَذْلِ الدية.

هذا الذي ذكرنا إذا ادعىٰ الوليُّ القتلَ علىٰ جميعِ أهلِ المَحَلَّة، وكذا إذا ادعىٰ علىٰ البعضِ، لا بأعيانهم، والدعوىٰ في العمد أو الخطأ[٦]؛ لأنهم لا يتميَّزون عن الباقي.

ولو[٧] ادعىٰ علىٰ البعض بأعيانهم بأنهم قَتَلوا[٨] وليَّه عمداً أو خطأً: فكذلك الجواب، يدلُّ عليه إطلاقُ الجواب في «الكتاب[٩]».

---

(١) أي من أهل المَحَلَّة.

(٢) أي في القتيل.

(٣) أي اليمين.

(٤) أي اليمينُ.

(٥) أي المدَّعىٰ به.

(٦) أي سواءٌ. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٧) من هنا إلىٰ قوله في المتن بعد صفحة: وإن لم يكمُل أهل المحلة: مثبتٌ في غالب نُسخ الهداية، وكذلك في المطبوع، وسقط من بعضها.

(٨) وفي نُسخ: أنه قتل. بالإفراد.

(٩) أي مختصر القدوري.

. . . .

وهكذا الجوابُ في «المبسوط».

وعن أبي يوسف رحمه الله في غير روايةِ الأصول: أنَّ في القياسِ تسقطُ القسامةُ والديةُ عن الباقِينَ من أهل المَحَلَّة، ويُقالُ للوليِّ ألكَ بينةٌ؟ فإن قال: لا: يُستحلَفُ المدَّعىٰ عليه يميناً واحدةً.

ووجهُه: أنَّ القياسَ يأباه؛ لاحتمالِ وجودِ القتل من غيرهم، وإنما عُرِفَ بالنصِّ فيما إذا كان في مكانٍ يُنسَبُ إلىٰ المدعىٰ عليهم، والمدعي يدعي القتلَ عليهم، وفيما وراءَه[1] بقيَ علىٰ أصلِ القياس، وصار كما إذا ادعىٰ القتلَ علىٰ واحدٍ من غيرهم.

وفي الاستحسان: تجبُ القسامةُ والديةُ علىٰ أهلِ المَحَلَّةِ؛ لأنه لا فَصْلَ في إطلاقِ النصوص بين دعوىً ودعوىً، فنوجِبُه بالنصِّ، لا بالقياس.

بخلاف ما إذا ادعىٰ علىٰ واحدٍ من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نصٌّ، فلو أوجبناهما: لأوجبناهما بالقياس، وهو مُمتنِعٌ.

ثم حُكْمُ ذلك أن يَثبتَ ما ادَّعاه إذا كانت له بينةٌ، وإن لم تكن له بينةٌ: استحلفه يميناً واحدةً؛ لأنه ليس بقسامةٍ؛ لانعدام النصِّ، وامتناعِ القياس.

ثم إن حَلَفَ: برىء، وإن نَكَلَ والدعوىٰ في المال: يثبت به، وإن كان

---

(١) وفي نُسخ: وفيما عداه.

وإن لم يَكْمُلْ أهلُ المَحَلَّة : كُرِّرَتِ الأيمانُ عليهم حتىٰ تَتِمَّ خمسين.

في القصاص: فهو علىٰ اختلافٍ[1] مضىٰ في كتاب الدعوىٰ[2]، وسنذكره من بعد[3] إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن لم يكْمُلْ أهلُ المَحَلَّة: كُرِّرَتِ الأيمانُ عليهم حتىٰ تَتِمَّ خمسين[4]).

لِمَا رُوي أن عمرَ رضي الله عنه لَمَّا قضىٰ في القسامة[5] وافىٰ إليه[6] تسعةٌ وأربعون رجلاً، فكرَّرَ اليمينَ علىٰ رجلٍ منهم حتىٰ تمَّتْ خمسون[7]، ثم قضىٰ بالدية[8].

وعن شُرَيْحٍ، والنخعيِّ رحمهما الله مثلُ ذلك[9].

---

(١) أي بين الإمام وصاحبيه رحمهم الله.

(٢) في باب اليمين، حيث قال: ومَن ادعىٰ قصاصاً....

(٣) بعد نحو ثلاث عشر صفحة، عند قول المصنِّف: وإن ادعىٰالولي علىٰ واحدٍ بعينه: لم تسقط القسامة عنهم، وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان. اهـ

(٤) وفي نُسخ: خمسون.

(٥) وفي نُسخ: بالقسامة.

(٦) هكذا ذكر المصنِّف: وافىٰ إليه: وأهل اللغة يقولون: وافاه: بدون الصلة، أي أتاه. البناية ١٦/٢٠٠.

(٧) وفي نُسخ: خمسين.

(٨) مصنف عبد الرزاق (١٨٣٠٧)، الدراية ٢/٢٨٦، البناية ١٦/٢٠٠.

(٩) مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٨٤٤)، الدراية ٢/٢٨٦.

ولا قسامةَ علىٰ صبيٍّ، ولا مجنونٍ، ولا امرأةٍ، ولا عبدٍ.
وإن وُجِدَ ميتٌ لا أَثَرَ به: فلا قسامةَ، ولا ديةَ.

ولأنَّ الخمسينَ واجبٌ بالسُّنَّة، فيجبُ إتمامُ هذه السُّنَّة ما أمكَنَ.

ولا يُطلَبُ فيه الوقوفُ علىٰ الفائدة؛ لثبوتها بالسُّنَّة، ثم فيه استعظامُ أمرِ الدم.

فإن كان العددُ كاملاً، فأراد الوليُّ أن يُكرِّرَ اليمينَ علىٰ أحدِهم: فليس له ذلك؛ لأن المصيرَ إلىٰ التكرار ضرورةَ الإكمال.

قال: (ولا قسامةَ علىٰ صبيٍّ، ولا مجنونٍ)؛ لأنهما ليسا من أهل القولِ الصحيحِ، واليمينُ قولٌ صحيحٌ.

قال: (ولا امرأةٍ، ولا عبدٍ)؛ لأنهما ليسا من أهلِ النُّصْرة، واليمينُ علىٰ أهلها.

قال: (وإن وُجِدَ ميتٌ لا أَثَرَ به: فلا قسامةَ، ولا ديةَ).

لأنه ليس بقتيلٍ، إذِ القتيلُ في العُرْفِ: مَن فاتَتْ حياتُه بسببٍ يباشِرُه حيٌّ، وهذا ميتٌ حَتْفَ أنفِه، والغرامةُ تَتْبعُ فِعْلَ العبدِ، والقسامةُ تَتْبعُ احتمالَ القتلِ.

ثم يجبُ عليهم[1] القَسَمُ، فلا بدَّ مِن أنْ يكونَ به أثرٌ يُستَدَلُّ به علىٰ كونه قتيلاً، وذلك بأن تكونَ به جراحةٌ، أو أَثَرُ ضَرْبٍ، أو خَنْقٍ، هو الصحيح[2].

---

(١) أي يجب علىٰ أهل المحلة اليمين، وفي نُسخ: عليه.

(٢) قوله: هو الصحيح: مثبتٌ في نسخة ١٠٤٠هـ.

وكذلك إن كان الدمُ يخرجُ من أنفه أو فمه أو دُبُرِه أو ذَكَرِه.

وإن كان يَخرجُ الدمُ من عَيْنِه أو أُذُنه: فهو قتيلٌ.

ولو وُجِدَ بَدَنُ القتيلِ، أو أكثرُ مِن نصفِ البَدَنِ، أو النصفُ ومعه الرأسُ في مَحَلَّةٍ: فعلىٰ أهلِها القسامةُ، والديةُ.

وإن وُجِدَ نصفُه مشقوقاً بالطُّوْل، أو وُجِدَ أقلُّ من النصفِ ومعه. . . .

قال: (وكذلك[1] إذا كان خَرَجَ الدمُ من عينِه أو أُذُنه)؛ لأنه لا يَخرجُ منهما إلا بفعلٍ من جهةِ الحيِّ عادةً.

بخلاف (ما إذا خَرَجَ الدمُ من أنفه أو فمه أو دُبُره أو ذَكَره).

لأن الدمَ يخرجُ من هذه المخارجِ[2] عادةً بغير فِعْلِ أحدٍ، وقد ذكرناه في الشهيد[3].

قال: (ولو وُجِدَ بَدَنُ القتيلِ، أو أكثرُ مِن نصفِ البَدَنِ، أو النصفُ ومعه الرأسُ في مَحَلَّةٍ: فعلىٰ أهلِها القسامةُ، والديةُ.

وإن وُجِدَ نصفُه مشقوقاً بالطُّوْل، أو وُجِدَ أقلُّ من النصفِ ومعه

---

(١) أي ومثلُ الجراحة: خروجُ الدم من عينه أو أُذُنه: فتجب القسامة والديةُ، وأنبِّه هنا إلىٰ أن المصنف غيَّر في الهداية في ترتيب شرحه لنص بداية المبتدي، فجعل مسألة خروج الدم من العين والأُذُن مقدَّمةً علىٰ خروج الدم من الأنف والفم والدُّبُر.

(٢) وفي نُسخ: المَخارق. قال في المغرب ١/٢٥١ (خرق): المخارق المعتادة في البدن: مثل الفم والأنف والأُذُن والدبُر ونحوها: جَمْع: مخرق وإن لم نسمعه. اهـ

(٣) أي في كتاب الصلاة، باب الشهيد.

الرأسُ، أو وُجِدَ يدُه أو رِجْلُه أو رأسُه: فلا شيءَ عليهم.

الرأسُ، أو وُجِدَ يدُه أو رِجْلُه أو رأسُه: فلا شيءَ عليهم).

لأن هذا حُكْمٌ عرفناه بالنصِّ، وقد وَرَدَ به في البدن، إلا أنَّ للأكثرِ حُكْمَ الكلِّ؛ تعظيماً للآدميِّ.

بخلاف الأقلِّ؛ لأنه ليس ببدنٍ، ولا مُلْحَقٍ به، فلا تجري فيه القسامةُ.

ولأنا لو اعتبرناه: تتكرَّر[١] القسامتان والديتان بمقابلةِ نفسٍ واحدةٍ، ولا تتواليان.

والأصلُ فيه[٢]: أن الموجودَ الأولَ إن كان بحالٍ لو وُجِدَ الباقي[٣] تجري فيه القسامةُ: لا تجبُ في الموجود[٤].

وإن كان بحالٍ لو وُجِدَ الباقي لا تجري فيه القسامةُ: تجبُ[٥]، والمعنىٰ ما أشرنا إليه.

وصلاةُ الجنازة في هذا[٦]: تنسَحِبُ علىٰ هذا الأصل؛ لأنها لا تتكرَّر.

---

(١) وفي نُسخ: تجتمع.

(٢) أي في وجوب القسامة والدية.

(٣) يعني إذا كان أكثر من النصف.

(٤) أي لا تجب القسامة في الموجود الأول.

(٥) أي القسامة.

(٦) أي في وجود بعضِ الميت، فإذا وُجد الأكثرُ من الميت أو النصفُ ومعه الرأس: يُصلىٰ عليه، وإلا: فلا. البناية ١٦/٢٠٣.

ولو وُجِدَ فيهم جنينٌ أو سِقْطٌ ليس به أثرُ الضربِ : فلا شيءَ علىٰ أهلِ المَحَلَّةِ.

وإن كان به أثرُ الضربِ، وهو تامُّ الخَلْقِ : وجبتِ القسامةُ والديةُ عليهم.

وإن كان ناقصَ الخَلْقِ : فلا شيءَ عليهم.

وإذا وُجِدَ القتيلُ علىٰ دابَّةٍ يَسُوقُها رجلٌ : فالديةُ علىٰ عاقلتِه، دونَ أهلِ المَحَلَّةِ.

قال: (ولو وُجِدَ فيهم جنينٌ أو سِقْطٌ ليس به أثرُ الضربِ: فلا شيءَ علىٰ أهلِ المَحَلَّةِ)؛ لأنه لا يفوقُ الكبيرَ حالاً.

قال: (وإن كان به أثرُ الضربِ، وهو تامُّ الخَلْقِ: وجبتِ القسامةُ والديةُ عليهم)؛ لأن الظاهرَ أن تامَّ الخَلْقِ ينفصلُ حيّاً.

قال: (وإن كان ناقصَ الخَلْقِ: فلا شيءَ عليهم)؛ لأنه ينفصل ميتاً، لا حيّاً.

قال: (وإذا وُجِدَ القتيلُ علىٰ دابَّةٍ يَسُوقُها رجلٌ: فالديةُ علىٰ عاقلتِه، دونَ أهلِ المَحَلَّةِ)؛ لأنه في يدِه، فصار كما إذا كان في دارِه.

وكذا إذا كان قائدَها، أو راكبَها.

فإن اجتمعوا: فعليهم؛ لأن القتيلَ في أيديهم، فصار كما إذا وُجِدَ في دارهم.

وإن مرَّتْ دابةٌ بين قريتَيْن، وعليها قتيلٌ: فهو علىٰ أقربِهما.

وإذا وُجِدَ القتيلُ في دارِ إنسانٍ: فالقسامةُ عليه، والديةُ علىٰ عاقلته.

قال: (وإن مرَّتْ دابةٌ بين قريتَيْن، وعليها قتيلٌ: فهو علىٰ أقربِهما)؛ لِمَا رُوي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أُتِيَ بقتيلٍ وُجِدَ بين قريتَيْن، فأَمَرَ أن يُذْرَعَ[1].

وعن عمر رضي الله عنه أنه لَمَّا كُتِبَ إليه في القتيل الذي وُجِدَ بين وَادِعَةَ وأَرْحَبَ[2]: كَتَبَ بأن يَقيسَ بين القريتَيْن، فقِيْسَ، فوُجِدَ القتيلُ إلىٰ وادِعةَ أقربَ، فقضىٰ عليهم بالقسامة[3].

قيل: هذا محمولٌ علىٰ ما إذا كان بحيث يبلغُ أهلَه الصوتُ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة: يَلحقُه الغَوْثُ، فتُمكِنُهمُ النُّصْرةُ وقد قصَّروا.

قال: (وإذا وُجِدَ القتيلُ في دارِ إنسانٍ: فالقسامةُ عليه)؛ لأن الدارَ في يده.

(والديةُ علىٰ عاقلته)؛ لأنَّ نُصْرتَه منهم، وقُوَّتَه بهم.

---

(١) مسند أحمد (١١٣٤١)، مسند البزار (١٥٣٤)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ٢٩٠: فيه عطية العوفي، وهو ضعيفٌ.

(٢) هما حيَّان من قبيلة همدان. البناية ١٦/ ٢٠٦، وهمدان: قبيلةٌ من اليمن. الصحاح للجوهري.

(٣) تقدم قريباً، وينظر ابن أبي شيبة (٢٧٨١٣)، الدراية ٢/ ٢٨٦، التعريف والإخبار ٤/ ١٣٦.

ولا يَدخلُ السُّكَّانُ في القسامة مع المُلاَّكِ عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو عليهم جميعاً.

قال: (ولا يَدخلُ السُّكَّانُ في القسامة مع المُلاَّكِ عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو عليهم جميعاً)؛ لأنَّ ولايةَ التدبير كما تكون بالمِلكِ: تكونُ بالسُّكْنىٰ.

ألا ترىٰ أنه عليه الصلاة والسلام جَعَلَ القسامةَ والديةَ علىٰ اليهودِ وإن كانوا سُكَّاناً بخَيْبر[1].

ولهما: أن المالكَ هو المختَصُّ بنُصرة البُقْعة، دونَ السكان؛ لأن سكنىٰ المُلاَّكِ ألزمُ، وقَرارَهم[2] أَدْومُ، فكانت ولايةُ التدبير إليهم، فيتحقَّقُ التقصيرُ منهم.

وأما أهلُ خيبرَ: فالنبيُّ عليه الصلاة والسلام أقرَّهم علىٰ أملاكهم[3]، فكان يأخذُ منهم علىٰ وَجْهِ الخَرَاج.

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) وفي نُسخ: وإقرارهم.

(٣) قال في الدراية ٢/٢٨٦: لم أجده، بل الثابت خلافه، ينظر التعريف والإخبار ٤/١٤٠.

وهي علىٰ أهلِ الخِطَّة، دون المشترِين.

وإن بقيَ واحدٌ منهم : فكذلك.

وإن لم يبقَ واحدٌ منهم، بأن باعوا كلُّهم : فهو علىٰ المشترِين.

قال: (وهي[1] علىٰ أهلِ الخِطَّة[2]، دون المشترِين)، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: الكلُّ مشتركون؛ لأن الضمانَ إنما يجبُ بترك الحفظ ممن له ولايةُ الحفظِ، وبهذا الطريقِ يُجعَلُ جانِياً مقصِّراً، والولايةُ باعتبار الملك، وقد استوَوْا فيه.

ولهما: أن صاحبَ الخِطَّة هو المختَصُّ بنُصْرة البُقْعة، هو المتعارَف، ولأنه أصيلٌ، والمشتري دخيلٌ، وولايةُ التدبير إلىٰ الأصيل.

وقيل: أبو حنيفة رحمه الله بنىٰ ذلك علىٰ ما شاهَدَ بالكوفة.

قال: (وإن بقيَ واحدٌ منهم: فكذلك)، يعني من أهل الخِطَّة؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإن لم يبقَ واحدٌ منهم، بأن باعوا كلُّهم: فهو[3] علىٰ المشترِين).

---

(١) أي القسامة والدية، وفي نُسخ: وهو. قال الكاكي: أي المذكور من وجوب القسامة والدية. البناية ١٦/٢٠٨.

(٢) هو المكانُ المختطُّ لبناء دارٍ وغير ذلك من العمارات، ومعناه: علىٰ أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فَتَحَ الإمامُ البلدةَ، وقَسَمَها بين الغانمين، فإنه يَختطُّ خطةً لتتميَّز أنصباؤهم. البناية ١٦/٢٠٨.

(٣) أي المذكور من القسامة والدية. البناية ١٦/٢٠٩.

وإذا وُجِدَ القتيلُ في دارٍ: فالقسامةُ علىٰ ربِّ الدار وعلىٰ قومه.

وتدخلُ العاقلةُ في القسامة إن كانوا حضوراً.

وإن كانوا غُيَّباً: فالقسامةُ علىٰ ربِّ الدار، تُكرَّرُ عليه الأيمانُ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا قسامةَ علىٰ العاقلة.

لأن الولايةَ انتقلت إليهم، أو خَلُصَتْ لهم؛ لزوال مَن يتقدَّمُهم، أو يزاحِمُهم.

قال: (وإذا وُجِدَ القتيلُ في دارٍ: فالقسامةُ علىٰ ربِّ الدار وعلىٰ قومه.

وتدخلُ العاقلةُ في القسامة إن كانوا حضوراً.

وإن كانوا غُيَّباً: فالقسامةُ علىٰ ربِّ الدار، تُكرَّرُ عليه الأيمانُ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا قسامةَ علىٰ العاقلة)؛ لأن ربَّ الدار أخصُّ به[1] من غيرِه، فلا يشارِكُه غيرُه فيها[2]، كأهل المَحَلَّة لا يشاركُهم فيها عواقِلُهم.

ولهما: أن الحضورَ لَزِمَتْهم نُصرةُ البُقْعةِ، كما تَلزمُ صاحبَ الدارِ، فيشاركونَه في القسامة.

---

(١) نقل العيني في البناية ١٦/٢١٠ عن الأترازي في غاية البيان أن تذكير الضمير في: به: علىٰ تأويل الموضع.

(٢) أي في القسامة.

وإن وُجِدَ القتيلُ في دارٍ مشتركةٍ، نصفُها لرجلٍ، وعُشْرُها لرجلٍ، ولآخَرَ ما بقيَ: فهو علىٰ رؤوس الرجال.

وإن كان في البيعِ خيارٌ لأحدِهما: فهو علىٰ عاقلةِ الذي في يدِه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن لم يكن فيه خيارٌ: فهو علىٰ عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيارٌ: . . . .

قال: (وإن وُجِدَ القتيلُ في دارٍ مشتركةٍ، نصفُها لرجلٍ، وعُشْرُها لرجلٍ، ولآخَرَ ما بقيَ: فهو علىٰ رؤوس الرجال[١]).

لأنَّ صاحبَ القليلِ يزاحِمُ صاحبَ الكثيرِ في التدبير، فكانوا سواءً في الحفظ والتقصير، فيكونُ علىٰ عدد الرؤوس، بمنزلة الشفعة.

قال: (ومَن اشترىٰ داراً، فلم يَقبِضْها حتىٰ وُجِدَ فيها قتيلٌ: فالديةُ[٢] علىٰ عاقلةِ البائعِ.

وإن كان في البيعِ خيارٌ لأحدِهما: فهي[٣] علىٰ عاقلةِ الذي في يدِه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن لم يكن فيه خيارٌ: فهي علىٰ عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيارٌ:

---

(١) قوله: فهو: أي العقل. أي يكون علىٰ رؤوس الرجال، لا علىٰ عدد الأنصباء.

(٢) وفي نُسخ: فهو. قال في البناية ١٦/٢١١: فهو: أي المذكور، وهو الدية.

(٣) وفي نُسخ: فهو: أي المذكور، وهي الدية، وفي نُسخ: فعلىٰ.

فهي علىٰ عاقلة الذي تصيرُ له.

فهي علىٰ عاقلة الذي تصيرُ له)؛ لأنه[١] إنما أَنزَلَ[٢] قاتلاً؛ باعتبار التقصير في الحفظ، ولا تجبُ[٣] إلا علىٰ مَن له ولايةُ الحفظ، والولايةُ تُستفادُ بالملك.

ولهذا كانت الديةُ في هذا علىٰ عاقلةِ صاحب الدار، دون المودَعِ، والمِلكُ للمشتري قبلَ القبض في البيع الباتِّ، وفي المشروط فيه الخيارُ: يُعتبرُ قرارُ الملك، كما في صدقة الفطر[٤].

وله: أن القدرةَ علىٰ الحفظ باليد، لا بالملك؛ ألا يُرَىٰ أنه يُقتَدَرُ علىٰ الحفظ باليد، بدون الملكِ، ولا يُقتَدَرُ بالملك، بدون اليد.

وفي البيعِ الباتِّ: اليدُ للبائع قبلَ القبض.

وكذا فيما فيه الخيارُ لأحدِهما قبلَ القبض؛ لأنه دونَ الباتِّ.

ولو كان المبيعُ في يدِ المشتري، والخيارُ له: فهو أخصُّ الناسِ به تصرُّفاً.

ولو كان الخيارُ للبائع: فهو في يدِه مضمونٌ عليه بالقيمة، كالمغصوب، فتُعتَبرُ يدُه، إذْ بها يَقدِرُ علىٰ الحفظ.

---

(١) أي صاحب الدار.

(٢) وفي نُسخ ضُبطت بالمجهول: أُنزِل.

(٣) أي القسامةُ.

(٤) بأن باع العبدَ بالخيار: فصدقة الفطر علىٰ مَن تقرر له الملك فيه.

ومَن كان في يدِه دارٌ، فوُجِدَ فيها قتيلٌ: لم تعقِلْه العاقلةُ حتىٰ يَشهدَ الشهودُ أنها للذي في يدِه.

وإن وُجِدَ قتيلٌ في سفينةٍ: فالقسامةُ علىٰ مَن فيها من الرُّكَّاب والمَلاَّحِيْنَ.

قال: (ومَن كان في يدِه دارٌ، فوُجِدَ فيها قتيلٌ: لم تعقِلْه العاقلةُ حتىٰ يَشهدَ الشهودُ أنها للذي في يدِه)؛ لأنه لا بدَّ من الملك لصاحب اليدِ حتىٰ تَعقِلَ العواقِلُ عنه.

واليدُ وإن كانت دليلاً علىٰ الملك، لكنها محتمِلَةٌ، فلا تكفي لإيجابِ الدية علىٰ العاقلة، كما لا تكفي لاستحقاقِ الشفعةِ به[1] في الدار المشفوعة، فلا بدَّ من إقامةِ البيِّنة.

قال: (وإن وُجِدَ قتيلٌ في سفينةٍ: فالقسامةُ علىٰ مَن فيها من الرُّكَّاب والمَلاَّحِيْنَ)؛ لأنها في أيديهم، واللفظُ يشملُ أربابَها، حتىٰ تجبُ علىٰ الأربابِ الذين فيها، وعلىٰ السكان.

وكذا علىٰ مَن يَمُدُّها.

والمالكُ في ذلك، وغيرُ المالك: سواءٌ.

وكذا العَجَلَةُ[2].

---

(١) أي بالملك. البناية ١٦/٢١٢.

(٢) أي وكذا الحكم في العجلة أي العربة إذا وُجد فيها قتيلٌ: تجب القسامة والدية علىٰ مَن فيها من مالك العجلة وغيره. البناية ١٦/٢١٣.

وإن وُجِدَ في مسجدِ مَحَلَّةٍ : فالقسامةُ علىٰ أهلها.

وإن وُجِدَ في المسجدِ الجامعِ، أو الشارعِ الأعظَمِ : فلا قسامةَ فيه، والديةُ علىٰ بيتِ المال.

ولو وُجِدَ في السوقِ : إن كان مملوكاً : فعند أبي يوسف رحمه الله : تجب علىٰ السكان، وعندهما : علىٰ المالك.

وهذا[1] علىٰ ما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله ظاهر[2].

والفَرْقُ لهما: أن السفينةَ تُنقَلُ وتُحَوَّلُ، فتُعتبرُ فيها اليدُ، دون الملك، كما في الدابة، بخلاف المَحَلَّةِ والدار؛ لأنهما لا تُنقَلان[3].

قال: (وإن وُجِدَ في مسجدِ مَحَلَّةٍ: فالقسامةُ علىٰ أهلها)؛ لأن التدبيرَ فيه إليهم.

(وإن وُجِدَ في المسجدِ الجامعِ، أو الشارعِ الأعظَمِ: فلا قسامةَ فيه، والديةُ علىٰ بيتِ المال)؛ لأنه للعامة، لا يَختصُّ به واحدٌ منهم.

وكذلك الجُسُورُ العامةُ.

ومالُ بيتِ المالِ: مالُ عامةِ المسلمين.

قال: (ولو وُجِدَ في السوقِ: إن كان مملوكاً: فعند أبي يوسف رحمه الله: تجب علىٰ السكان، وعندهما: علىٰ المالك.

---

(١) أي كون المالك وغيره سواء في القسامة.

(٢) لأنه يجعل السكانَ والملاَّكَ في القتيل الموجودِ في المحلة: سواءً.

(٣) وفي نُسخ: لأنها لا تُنقل. بالإفراد، والمعنىٰ واضح.

وإن لم يكن مملوكاً، كالشوارع العامةِ التي بُنِيَتْ فيها : فعلىٰ بيت المال.

ولو وُجِدَ في السِّجْنِ : فالديةُ علىٰ بيت المال.

وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله : الديةُ والقسامة علىٰ أهلِ السجن.

وإن وُجِدَ في بَرِّيَّةٍ ليس بقُرْبِها عِمَارةٌ : فهو هَدَرٌ .

وإن لم يكن مملوكاً، كالشوارع العامةِ التي بُنِيَتْ فيها: فعلىٰ بيت المال)؛ لأنه لجماعة المسلمين.

قال: (ولو وُجِدَ في السِّجْنِ: فالديةُ علىٰ بيت المال.

وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله: الديةُ والقسامةُ علىٰ أهلِ السجن)؛ لأنهم سكانٌ، وولايةُ التدبيرِ إليهم، والظاهرُ أن القتلَ حَصَلَ منهم.

وهما يقولان: إن أهلَ السجنِ مقهورون، فلا يتناصرون، فلا يتعلَّقُ بهم ما يجبُ لأجل النصرة.

ولأنه بُنِيَ لاستيفاءِ حقوقِ المسلمين، فإذا كان غُنْمُه يعودُ إليهم: فغُرْمُه يرجعُ عليهم.

قالوا: وهذه فُرَيعةُ[1] المالكِ والساكنِ، وهي مختلَفٌ فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

قال: (وإن وُجِدَ في بَرِّيَّةٍ ليس بقُرْبِها عِمَارةٌ: فهو هَدَرٌ).

---

(١) أي هذا تفريعٌ علىٰ كذا.

وإن وُجِدَ بين قريتَيْن : كان علىٰ أقربهما .

وإن وُجِدَ في وَسَطِ الفُرَاتِ يَمُرُّ به الماءُ : فهو هَدَرٌ .

وإن كان محتَبِسَاً بالشاطئ : فهو علىٰ أقربِ القُرىٰ من ذلك المكان .

وتفسيرُ القُرْب: ما ذكرنا مِن استماعِ الصوت؛ لأنه إذا كان بهذه الحالة: لا يَلحقُه الغَوْثُ من غيرِه، فلا يجبُ عليه حفظُه، فلا يُوصَفُ أحدٌ بالتقصير، وهذا إذا لم تكنْ البرِّيَّة مملوكةً لأحدٍ، أما إذا كانت مملوكةً: فالديةُ والقسامةُ علىٰ عاقلتِه.

قال: (وإن وُجِدَ بين قريتَيْن: كان علىٰ أقربهما)، وقد بيَّنَّاه.

قال: (وإن وُجِدَ في وَسَطِ الفُرَاتِ يَمُرُّ به الماءُ: فهو هَدَرٌ)؛ لأنه ليس في يدِ أحدٍ، ولا في مِلْكِه.

قال: (وإن كان محتَبِسَاً بالشاطئ: فهو علىٰ أقربِ القُرىٰ من ذلك المكان).

علىٰ التفسير الذي تقدَّم؛ لأنه أخصُّ بنُصْرةِ هذا الموضع، فهو كالموضوع علىٰ الشَّطِّ، والشَّطُّ في يدِ مَن هو بقُرْبٍ منه، ألا تَرىٰ أنهم يَستقون منه الماءَ، ويُورِدُون بَهَائمَهم[١] فيها[٢].

بخلافِ النهرِ الذي تُستَحَقُّ به الشفعةُ؛ لاختصاص أهلِها به؛ لقيام يدِهم عليه، فتكونُ القسامةُ والديةُ عليهم.

---

(١) وفي نُسخ: دوابَّهم.

(٢) هكذا بالتأنيث في النسخ، أي في الشط، علىٰ تأويل الناحية. حاشية سعدي.

وإن ادَّعىٰ الوليُّ علىٰ واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَيْنه : لم تسقطِ القسامةُ عنهم، وإن ادَّعىٰ علىٰ واحدٍ من غيرِهم : سَقَطَ عنهم.

قال: (وإن ادَّعىٰ الوليُّ علىٰ واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَيْنه: لم تسقطِ القسامةُ عنهم)، وقد ذكرناه[١]، وذَكَرْنا فيه القياسَ والاستحسانَ.

قال: (وإن ادَّعىٰ علىٰ واحدٍ من غيرِهم: سَقَطَ عنهم[٢])، وقد بيَّنَّاه من قبل[٣].

ووجهُ الفرق[٤]: هو أنَّ وجوبَ القسامةِ عليهم دليلٌ علىٰ أنَّ القاتلَ منهم، فتعيينُه واحداً منهم: لا ينافي ابتداءَ الأمرِ؛ لأنه منهم.

بخلاف ما إذا عَيَّنَ مِن غيرهم؛ لأن ذلك بيانٌ أنَّ القاتلَ ليس منهم، وهم إنما يَغرَمُون إذا كان القاتلُ منهم؛ لكونهم قَتَلَةً تقديراً، حيث لم يأخذوا علىٰ يدِ الظالم.

ولأن أهلَ المَحَلَّةِ لا يَغرَمونَ بمجرَّدِ ظهورِ القتيل بين أظهرُهم، إلا بدعوىٰ الولي، فإذا ادعىٰ القتلَ علىٰ غيرِهم: امتنع دعواه عليهم؛ للتناقض، وسَقَطَ؛ لفَقْد شَرْطِه، وقد ذكرناها من قبلُ.

---

(١) أي في مسألة: ولو ادعىٰ علىٰ البعض بأعيانهم أنه قتلوا وليه... إلىٰ آخره، وتقدمت قبل أكثر من عشر صفحات تقريباً.

(٢) أي سقط كل واحد من القسامة والدية عن أهل المحلة.

(٣) يريد به قوله: هذا الذي ذكرنا إذا ادعىٰ الولي القتلَ علىٰ جميع أهل المحلة.

(٤) أي بين المسألتين. وجاء النص في نُسخ مضطرباً كما يلي: سقط عنهم، ووجه الفرق قد بيناه من قبل، وهو أن وجوب القسامة.

وإذا التقىٰ قومٌ بالسيوف، فأَجْلَوْا عن قتيلٍ : فهو علىٰ أهل المَحَلَّةِ.

إلا أن يدَّعيَ الأولياءُ علىٰ أولئك، أو علىٰ رجلٍ منهم بعَيْنِه : فلم يكن علىٰ أهلِ المَحَلَّة شيءٌ، ولا علىٰ أولئك حتىٰ يُقيموا البيِّنةَ.

ولو وُجِدَ قتيلٌ في مُعسكَرٍ أقاموا بفَلاةٍ من الأرضِ، لا مِلْكَ لأحدٍ فيها : فإن وُجِدَ في خِبَاءٍ أو فُسطاطٍ : فعلىٰ مَن يَسكنُها الديةُ والقسامةُ، وإن كان خارجاً من الفُسطاطِ : فعلىٰ أقرب الأخبيةِ.

قال: (وإذا التقىٰ قومٌ بالسيوف، فأَجْلَوْا عن قتيلٍ: فهو علىٰ أهل المَحَلَّةِ)؛ لأن القتيلَ بين أظهُرِهِم، والحفظُ عليهم.

(إلا أن يدَّعيَ الأولياءُ علىٰ أولئك، أو علىٰ رجلٍ منهم بعَيْنِه: فلم يكن علىٰ أهلِ المَحَلَّة شيءٌ)؛ لأن هذه الدعوىٰ تضمنَّتْ براءةَ أهلِ المحلَّةِ عن القسامة.

قال: (ولا علىٰ أولئك حتىٰ يُقيموا البيِّنةَ)؛ لأن بمجرَّدِ الدعوىٰ: لا يثبتُ الحقُّ؛ للحديث الذي رويناه[1].

أمَّا يَسقطُ به الحقُّ عن أهلِ المَحَلَّةِ: لأن قولَه حُجَّةٌ علىٰ نفسه.

قال: (ولو وُجِدَ قتيلٌ في مُعسكَرٍ أقاموا بفَلاةٍ من الأرضِ، لا مِلْكَ لأحدٍ فيها: فإن وُجِدَ في خِبَاءٍ أو فُسطاطٍ: فعلىٰ مَن يَسكنُها الديةُ والقسامةُ، وإن كان خارجاً من الفُسطاطِ: فعلىٰ أقرب الأخبيةِ)؛ اعتباراً لليد عند انعدامِ الملك.

---

(١) أي في أول باب القسامة، وهو: «لو يُعطىٰ الناس بدعواهم: لادعىٰ قومٌ دماءَ قوم، ولكن البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ مَن أنكر». البناية ١٦/٢١٨.

وإن كان القومُ لَقُوْا قتالاً، ووُجِدَ قتيلٌ بين أظهُرِهِم : فلا قسامةَ، ولا ديةَ.

وإن كان للأرض مالكٌ : فالعسكرُ : كالسُّكَّان، فيجبُ علىٰ المالك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا قال المُستَحلَفُ : قَتَلَه فلانٌ : استُحلِفَ : بالله ما قَتَلْتُ، ولا عَرَفْتُ له قاتلاً غيرَ فلانٍ.

قال: (وإن كان القومُ لَقُوْا قتالاً، ووُجِدَ قتيلٌ بين أظهُرِهِم: فلا قسامةَ، ولا ديةَ)؛ لأن الظاهرَ أنَّ العدوَّ قتَلَه، فكان هَدَراً.

وإن لم يَلْقَوْا عدوّاً: فعلىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (وإن كان للأرض مالكٌ: فالعسكرُ: كالسُّكَّان، فيجبُ علىٰ المالك عند أبي حنيفة رحمه الله).

خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وقد ذكرناه.

قال: (وإذا قال المُستَحلَفُ: قَتَلَه فلانٌ: استُحلِفَ: بالله ما قَتَلْتُ، ولا عَرَفْتُ[1] له قاتلاً غيرَ فلانٍ).

لأنه يريدُ إسقاطَ الخصومة عن نفسِه بقوله، فلا يُقبَلُ، فيُحلَّفُ علىٰ ما ذكرنا؛ لأنه لَمَّا أقرَّ بالقتل علىٰ واحدٍ: صار مستثنىً عن اليمين، فبقيَ حكمُ مَن سواه، فيُحلَّفُ عليه.

---

(١) وفي نُسخ بفتح التاء: بالله ما قتلتَ، ولا عرفتَ.

وإذا شَهِدَ اثنان من أهل المَحَلَّةِ علىٰ رجلٍ من غيرِهم أنه قَتَلَه : لم تُقبلْ شهادتُهما ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : تُقبَلُ .

ولو ادَّعىٰ علىٰ واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَيْنِه ، فشَهِدَ شاهدان من أهلِها عليه : لم تُقبَلِ الشهادةُ .

قال: (وإذا شَهِدَ اثنان من أهل المَحَلَّةِ علىٰ رجلٍ من غيرِهم أنه قَتَلَه[1]: لم تُقبلْ شهادتُهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تُقبَلُ)؛ لأنهم كانوا بعَرْضيَّة أن يَصيروا خُصَماءَ، وقد بَطَلَتِ العَرْضِيَّةُ بدعوىٰ الوليِّ القتلَ علىٰ غيرِهم، فتُقبلُ شهادتُهم، كالوكيل بالخصومة إذا عُزِلَ قبلَ الخصومة.

وله: أنهم خُصَماءُ بإنزالهم قاتِلين؛ للتقصير الصادر منهم، فلا تُقبلُ شهادتُهم وإن خرجوا من جملةِ الخصوم، كالوصيِّ إذا خَرَجَ من الوصاية بعد ما قَبِلَها، ثم شَهِدَ.

قال رضي الله عنه: وعلىٰ هذَيْن الأصلَيْن يَتخرَّجُ كثيرٌ من المسائل من هذا الجنس.

قال: (ولو ادَّعىٰ علىٰ واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَيْنِه، فشَهِدَ شاهدان[2] من أهلِها عليه: لم تُقبَلِ الشهادةُ).

---

(١) وفي نُسخ: قتل. بدون هاء.

(٢) وفي نُسخ: شاهد. بالإفراد.

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنَّ الشهودَ يُحلَّفون : بالله ما قَتَلْنَاه، ولا يزدادون علىٰ ذلك.

ومَن جُرِحَ في قبيلةٍ، فنُقِلَ إلىٰ أهله، فمات من تلك الجراحة : فإن كان صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات : فالقسامةُ والديةُ علىٰ القبيلة، وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا ضمانَ فيه، ولا قسامةَ.

لأنَّ الخصومةَ قائمةٌ مع الكلِّ، علىٰ ما بيَّنَّاه، والشاهدُ يقطعُها عن نفسه، فكان متَّهماً.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ الشهودَ يُحلَّفون: بالله ما قَتَلْنَاه، ولا يزدادون[1] علىٰ ذلك)؛ لأنهم أَخبروا أنهم عَرَفوا القاتلَ.

قال: (ومَن جُرِحَ في قبيلةٍ، فنُقِلَ إلىٰ أهله، فمات من تلك الجراحة: فإن كان صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات: فالقسامةُ والديةُ علىٰ القبيلة، وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ضمانَ فيه[2]، ولا قسامةَ)؛ لأنَّ الذي حَصَلَ في القبيلةِ أو المَحَلَّةِ: ما دونَ النفس، ولا قسامةَ فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحبَ فراشٍ.

وله: أن الجَرْحَ إذا اتصل به الموتُ: صار قَتْلاً، ولهذا وجب القصاص.

---

(١) قال العيني في البناية ١٦/٢٢٢: ينبغي أن يقول: لا يزيدون. اهـ

(٢) وفي نُسخ: لا قسامة، ولا دية.

ولو أنَّ رجلاً معه جريحٌ به رَمَقٌ حَمَلَه إنسانٌ إلىٰ أهله، فمَكَثَ يوماً أو يومين، ثم مات: لم يَضمنِ الذي حَمَلَه إلىٰ أهلِه في قول أبي يوسف رحمه الله.

وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يَضمنُ.

ولو وُجِدَ الرجلُ قتيلاً في دارِ نفسِه: فديتُه علىٰ عاقلتِه لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ وزفرُ رحمهم الله: لا شيءَ فيه.

فإنْ كان صاحبَ فراشٍ: أُضيفَ إليه، وإن لم يكن: احتَمَلَ أن يكون الموتُ من غيرِ الجَرْحِ، فلا يلزمُ بالشك.

قال: (ولو أنَّ رجلاً معه جريحٌ به رَمَقٌ حَمَلَه إنسانٌ إلىٰ أهله، فمكَثَ يوماً أو يومين، ثم مات: لم يَضمنِ الذي حَمَلَه إلىٰ أهلِه في قول أبي يوسف رحمه الله.

وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يَضمنُ)؛ لأنَّ يدَه بمنزلة المَحَلَّةِ، فوجودُه جريحاً في يدِه: كوجودِه فيها، وقد ذَكَرْنا وجهَيِ القولَيْن فيما قبلَه من مسألة القبيلة.

قال: (ولو وُجِدَ الرجلُ قتيلاً في دارِ نفسِه: فديتُه علىٰ عاقلتِه لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ وزفرُ رحمهم الله: لا شيءَ فيه)؛ لأن الدارَ في يدِه حين وُجِدَ الجَرْحُ، فيُجعلُ كأنه قَتَلَ نفسَه، فيكون هَدَراً.

ولو أن رجلَيْن كانا في بيتٍ، وليس معهما ثالثٌ، فوُجِدَ أحدُهما مذبوحاً: قال أبو يوسف رحمه الله: يَضمنُ الآخَرُ الديةَ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يَضمنُه.

ولو وُجِدَ قتيلٌ في قريةٍ لامرأةٍ: فعند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله: عليها القسامةُ، وتُكرَّرُ عليها الأيمانُ، والديةُ علىٰ عاقلتِها، . . . .

وله: أن القسامةَ إنما تجبُ بناءً علىٰ ظهور القتل، ولهذا لا يَدخلُ في الدية مَن مات قبل ذلك، وحالَ ظهورِ القتلِ: الدارُ للورثة، فتجبُ علىٰ عاقلتهم.

بخلاف المكاتَبِ إذا وُجِدَ قتيلاً في دارِ نفسِه؛ لأنَّ حالَ ظهورِ قَتْلِه: بقِيَتِ الدارُ علىٰ حُكمِ مِلكِه، فيصيرُ كأنه قتَلَ نفسَه، فيُهدَرُ دمُه.

قال: (ولو أن رجلَيْن كانا في بيتٍ، وليس معهما ثالثٌ، فوُجِدَ أحدُهما مذبوحاً: قال أبو يوسف رحمه الله: يَضمنُ الآخَرُ الديةَ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يَضمنُه)؛ لأنه يَحتملُ أنه قتَلَ نفسَه، فكان التوهُّمُ[1]، ويحتملُ أنه قتَلَه الآخَرُ: فلا يضمنُه بالشك.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنَّ الظاهرَ أن الإنسانَ لا يَقتلُ نفسَه، فكان التوهُّمُ ساقطاً، كما إذا وُجِدَ قتيلٌ في مَحَلَّةٍ.

قال: (ولو وُجِدَ قتيلٌ في قريةٍ لامرأةٍ[2]: فعند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله: عليها القسامةُ، وتُكرَّرُ عليها الأيمانُ، والديةُ علىٰ عاقلتِها،

---

(١) قوله: فكان التوهُّم: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي ملك امرأة. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

أقربِ القبائلِ إليها في النَّسَب.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القسامةُ علىٰ العاقلةِ أيضاً.

ولو وُجِدَ رجلٌ قتيلاً في أرضِ رجلٍ إلىٰ جانبِ قريةٍ ليس صاحبُ الأرضِ من أهلها، قال: هو علىٰ صاحب الأرض.

أقربِ القبائلِ إليها في النَّسَب.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القسامةُ علىٰ العاقلةِ أيضاً)؛ لأن القسامةَ إنما تجبُ علىٰ مَن كان من أهل النُّصْرةِ، والمرأةُ ليست من أهلها، فأشبهتِ الصبيَّ.

ولهما: أن القسامةَ لنفيِ التُّهمةِ، وتُهمةُ القتلِ من المرأة متحقِّقةٌ.

قال المتأخرون[1] رحمهم الله: إن المرأةَ تدخلُ مع العاقلة في التحمُّلِ في هذه المسألة؛ لأنا أنزلناها قاتِلةً، والقاتِلةُ تشارِكُ العاقلةَ.

قال: (ولو وُجِدَ رجلٌ قتيلاً في أرضِ رجلٍ إلىٰ جانبِ قريةٍ ليس صاحبُ الأرضِ من أهلها، قال[2]: هو علىٰ صاحب الأرض)؛ لأنه أحقُّ بنُصْرة أرضِه من أهلِ القرية.

---

(١) أي من مشايخ الحنفية، مع التذكير بأن وفاة صاحب الهداية سنة ٥٩٣هـ.

(٢) راجعت شروحَ الهداية المطبوعة والمخطوطة فلم يُبيِّن أحدٌ منهم مَن المراد بصاحب هذا القول، ثم وجدتُ في نسخة ٧٣٨هـ، ونسخة ٧٩٧هـ، قد كُتِبَ تحت كلمة: قال: أي محمدٌ رحمه الله تعالىٰ. اهـ

وجاء في نُسخ: قال رضي الله عنه. قلت: الصواب بدونها؛ لأن هذا الاصطلاح المقصود به المؤلف صاحب الهداية، والله أعلم.

. . . .

ولو[١] ادعىٰ الوليُّ القتلَ علىٰ رجلٍ من أهلِ المَحَلَّة بعَيْنه: فالقسامةُ والديةُ بحالها؛ لأن القسامةَ والديةَ إنما وجبت علىٰ أهلِ المَحَلَّةِ؛ لإنزالهم منزلةَ القاتِلِين[٢]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) هذه المسألة مثبتةٌ في نُسخٍ نفيسة من الهداية، كنسخة العلامة سعدي، ونسخة ٧٠٨هـ، وسقطت من نُسخٍ أخرىٰ، ومن المطبوع.

(٢) وكُتب هنا في نسخة سعدي ونُسخ أخرىٰ: بَلَغَتْ نسخةُ الأصل إلىٰ هنا. اهـ

كتاب المَعَاقِل

والديةُ : في شِبْهِ العمد والخطأ .

وكلُّ ديةٍ وَجَبَتْ بنفس القتل : فهي علىٰ العاقلة .

كتاب المَعَاقِل

المَعَاقِلُ: جَمْعُ: مَعْقُلَة، وهي الديةُ، وتُسمَّىٰ الديةُ: عَقْلاً؛ لأنها تَعْقِلُ الدماءَ مِن أن تُسفَكَ، أي تُمسِكُ.

قال: (والديةُ: في شِبْهِ العمد والخطأ.

وكلُّ ديةٍ وَجَبَتْ بنفس القتل: فهي علىٰ العاقلة).

والعاقلةُ: الذين يَعقِلون، يعني يؤدُّون العَقْلَ، وهو الديةُ، وقد ذكرناها في الديات.

والأصلُ في وجوبِها علىٰ العاقلة: قولُه عليه الصلاة والسلام في حديث حَمَلِ بن مالكٍ رضي الله عنه للأولياء: «قوموا فَدُوه»[1].

ولأن النفسَ محترَمةٌ، ولا وجهَ إلىٰ الإهدارِ، والخاطئُ معذورٌ.

وكذا الذي تولَّىٰ شِبْهَ العمدِ[2]؛ نظراً إلىٰ الآلةِ، فلا وجهَ إلىٰ إيجاب العقوبةِ عليه، وفي إيجابِ مالٍ عظيمٍ: إجحافُه واستئصالُه، فيصيرُ عقوبةً،

---

(١) تقدم قريباً في الديات.

(٢) وهو الذي ضَرَبَه بالسَّوْط الصغير حتىٰ قَتَلَه.

والعاقلةُ: أهلُ الديوانِ إن كان القاتلُ من أهل الديوان، يُؤخَذُ من عطاياهم في ثلاثِ سنين.

فتُضَمُّ إليه العاقلةُ؛ تحقيقاً للتخفيف.

وإنما خُصُّوا بالضَّمِّ: لأنه إنما قَصَّرَ[١] لقوةٍ فيه، وتلك[٢] بأنصاره، وهم العاقلةُ، فكانوا هم المقصِّرين في تَرْكِهم مراقبتَه، فخُصُّوا به.

قال: (والعاقلةُ: أهلُ الديوانِ إن كان القاتلُ من أهل الديوان، يُؤخَذُ من عطاياهم[٣] في ثلاثِ سنين).

وأهلُ الديوان: أهلُ الرايات، وهم الجيشُ الذين كُتِبَتْ أساميهم في الديوان، وهذا عندنا.

وقال الشافعيُّ[٤] رحمه الله: الديةُ علىٰ أهل العشيرةِ؛ لأنه كان كذلك علىٰ عهدِ رسول الله عليه الصلاة والسلام[٥]، ولا نَسْخَ بعدَه.

ولأنه[٦] صِلَةٌ، والأَوْلىٰ بها[٧] الأقاربُ.

---

(١) أي قصَّر القاتل حالةَ الرمي في التثبت والتوقف والاحتياط.

(٢) أي القوة حاصلةٌ بأنصاره.

(٣) وفي نُسخ: أُعطياتهم.

(٤) نهاية المطلب ١٦/٥٠٤.

(٥) قال في الدراية ٢/٢٨٦: لم أجده بهذا اللفظ، وبمعناه في مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٥٧٨).

(٦) أي لأن الدية صلةٌ، علىٰ تأويل العقل. البناية ١٦/٢٣١.

(٧) أي الصلة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

. . . .

ولنا: قضيةُ عمرَ رضي الله عنه، فإنه لَمَّا دوَّن الدواوينَ: جَعَلَ العَقْلَ علىٰ أهلِ الديوانِ[1]، وكان ذلك بمَحْضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم، من غير نكيرٍ منهم.

وليس ذلك بنَسْخٍ، بل هو تقريرٌ معنىً؛ لأن العقلَ كان علىٰ أهل النُّصْرة، وقد كانت بأنواعٍ: بالقرابة، والحِلْفِ[2]، والوَلاءِ[3]، والعَدِّ[4].

وفي عهدِ عمرَ رضي الله عنه قد صارتْ بالديوان، فجَعَلَها علىٰ أهله؛ اتِّباعاً للمعنىٰ.

ولهذا قالوا: لو كان اليومَ قومٌ تناصُرُهم بالحِرَفِ: فعاقلتُهم أهلُ الحِرْفة، وإن كان بالحِلْف: فأهلُه.

والديةُ: صِلَةٌ، كما قال[5]، لكنَّ إيجابَها فيما هو صِلَةٌ، وهو العَطاءُ[6]: أَوْلىٰ منه في أصولِ أموالهم.

---

(١) في مصنف لابن أبي شيبة (٢٧٨٩٣): «عمرُ ـ رضي الله عنه ـ أوَّلُ مَن جعل الدية عشرةً عشرةً في أُعطيات المقاتلة، دون الناس»، وينظر نصب الراية ٤/٣٩٨.

(٢) أي ولاء الموالاة، أي إذا تحالف وتعاقد مع قبيلةٍ ما علىٰ التناصر والحماية بينهما. ينظر المصباح المنير.

(٣) أي ولاء العتاقة، وفي نُسخة ٧٠٨هـ، و١٠٣٨هـ زيادةٌ هنا، وهي: والغَلَبَة.

(٤) أي يُعَدُّ فلانٌ من بني فلان. البناية ١٦/٢٣٢.

(٥) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٦) أي الذي يخرج له من بيت المال، وهو يخرج في كل سنةٍ مرةً.

فإن خَرَجَتِ العطايا في أكثرَ من ثلاثِ سنينَ، أو أقلَّ: أُخِذَ منها.

والتقديرُ بثلاثِ سنينَ: مَرْوِيٌّ عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام[١].

ومَحْكِيٌّ عن عمرَ رضي الله عنه[٢].

ولأنَّ الأخذَ من العطاء[٣]: للتخفيف، والعَطاءُ يَخرُجُ في كلِّ سَنَةٍ مرةً واحدةً.

قال: (فإن خَرَجَتِ العطايا في أكثرَ من ثلاثِ سنينَ، أو أقلَّ: أُخِذَ منها)؛ لحصول المقصود.

وتأويلُه: إذا كانتِ العطايا للسنين المستقبَلَةِ بعد القضاء[٤]، حتىٰ لو

---

(١) نقل البيهقي في السنن الكبرىٰ ١٠٩/٨ عن الإمام الشافعي قولَه: «وجدنا عامًّا في أهل العلم أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ في جناية الحر المسلم علىٰ الحر خطأ بمائة من الإبل، علىٰ عاقلة الجاني، وعامًّا فيهم: أنها في مُضِيٍّ الثلاث سنين، في كل سنة ثلثها». اهـ، لكن تعقَّبه ابن التركماني في الجوهر النقي ١١٠/٨ نقلاً عن ابن المنذر، بأنه لا يُعرف.

وفي سنن البيهقي ٧٠/٨ عن ابن وهب عن ابن لهيعة عن يحيىٰ بن سعيد: «أن من السُّنَّة أن تُنجَّم الدية في ثلاث سنين». اهـ، وهو مرسلٌ إن لم يكن معضلاً.

ومما يشدُّ من أمر هذا المرفوع: الإجماعُ الذي حكاه الترمذي في سننه ١١/٤ (١٣٨٦)، فقد قال: «أجمع أهل العلم علىٰ أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين».

(٢) في مصنف لابن أبي شيبة (٢٨٠٠٨): أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين، وينظر نصب الراية ٣٣٤/٤، ٣٩٨.

(٣) وفي نُسخ: العطايا.

(٤) أي بالدية.

. . . .

اجتمعتْ في السنين الماضية قبلَ القضاء، ثم خرجتْ بعد القضاء: لا يُؤخَذْ منها؛ لأن الوجوبَ: بالقضاء، علىٰ ما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

ولو خَرَجَ للقاتل[1] ثلاثُ عطايا في سنةٍ واحدةٍ، معناه: في المستقبل: يُؤخَذُ منها كلُّ الدية؛ لِمَا ذكرنا.

وإذا كان الواجبُ جميعَ الديةِ في ثلاثِ سنين: فكلُّ ثُلُثٍ منها في سَنَةٍ.

وإن كان الواجبُ بالعقل[2] ثُلُثَ ديةِ النفس، أو أقلَّ: كان في سنةٍ واحدةٍ، وما زاد علىٰ الثُلُثِ إلىٰ تمام الثُلُثَيْن: في السنة الثانية، وما زاد علىٰ ذلك إلىٰ تمام الدية: في السنة الثالثة.

وما وجب علىٰ العاقلةِ من الدية، أو علىٰ القاتل، بأن قَتَلَ الأبُ ابنه عمداً: فهو في مالِه في ثلاثِ سنين.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: وما وَجَبَ علىٰ القاتل في مالِه: فهو حالٌّ؛ لأن التأجيلَ للتخفيف؛ لتَحَمُّلِ العاقلة، فلا يُلحَقُ به العمدُ المَحْضُ.

ولنا: أن القياسَ يأباه، والشرعُ وَرَدَ به مؤجَّلاً، فلا يتعَدَّاه.

ولو قَتَلَ عشرةٌ رجلاً خطأً: فعلىٰ كلِّ واحدٍ عُشْرُ الدية، في ثلاث سنين؛ اعتباراً للجزءِ بالكلِّ، إذ هو بدلُ النفس.

---

(١) وفي نُسخ: للقابل، وفي نُسخ: للعاقل، والأصح: للقاتل. البناية ١٦/٢٣٤.

(٢) أي من الجنايات فيما دون النفس، وفي نُسخ: بالقتل، وفي أخرىٰ: بالفعل.

(٣) الأم/٤/٢٢٤.

ومَن لم يكنْ من أهلِ الديوان : فعاقلتُه قبيلتُه .

وتُقسَمُ عليهم في ثلاثِ سنين، لا يُزادُ الواحدُ علىٰ أربعة دراهمَ في كلِّ سَنَةٍ، ويُنقَصُ منها .

وإن لم تكنْ تتَّسعُ القبيلةُ لذلك : ضُمَّ إليهم أقربُ القبائل إليهم .

وإنما تُعتبرُ مدةُ ثلاثِ سنين: من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجبَ الأصليَّ: المِثْلُ، والتحوُّلُ إلىٰ القيمة: بالقضاء، فيُعتبرُ ابتداؤها من وَقْته، كما في وَلَدِ المَغْرور.

قال: (ومَن لم يكنْ من أهلِ الديوان: فعاقلتُه قبيلتُه)؛ لأن نُصْرتَه بهم، وهي المعتبرةُ في التعاقُلِ[1].

قال: (وتُقسَمُ عليهم في ثلاثِ سنين، لا يُزادُ الواحدُ علىٰ أربعة دراهمَ في كلِّ سَنَةٍ، ويُنقَصُ منها).

قال رضي الله عنه: كذا ذَكَرَه القدوريُّ رحمه الله في «مختصره»، وهذا إشارةٌ إلىٰ أنه يُزادُ علىٰ أربعةٍ من جميعِ الدية.

وقد نصَّ محمدٌ رحمه الله علىٰ أنه لا يُزادُ علىٰ كلِّ واحدٍ من جميعِ الدية في ثلاث سنين علىٰ ثلاثةٍ أو أربعةٍ، فلا يُؤخَذُ مِن كلِّ واحدٍ في كلِّ سنةٍ إلا درهمٌ، أو درهمٌ وثلثُ درهمٍ، وهو الأصحُّ.

قال: (وإن لم تكنْ تتَّسعُ القبيلةُ لذلك: ضُمَّ إليهم أقربُ القبائل إليهم)، معناه: نسباً، كلُّ ذلك لمعنىٰ التخفيف.

---

(١) وفي نُسخ: المعاقل.

. . . .

ويُضَمُّ الأقربُ فالأقربُ، علىٰ ترتيب العصبات: الإخوةُ، ثم بنوهم، ثم الأعمامُ، ثم بنوهم.

وأما الآباءُ والأبناءُ: فقيل: يدخلون؛ لقُرْبهم.

وقيل: لا يدخلون؛ لأن الضَّمَّ لنفيِ الحَرَج، حتىٰ لا يُصيبَ كلَّ واحدٍ أكثرُ من ثلاثةٍ أو أربعةٍ، وهذا المعنىٰ إنما يتحقَّقُ عند الكثرة، والآباءُ والأبناءُ لا يُكَثِّرون[1].

وعلىٰ هذا: حُكْمُ الرايات، إذا لم يَتسعْ لذلكِ أهلُ رايةٍ: ضُمَّ إليهم أقربُ الرايات، يعني أقربُهم نُصرةً إذا حَزَبَهم أَمْرٌ، الأقربُ فالأقربُ.

ويُفوَّضُ ذلك إلىٰ الإمام؛ لأنه هو العالِمُ به، ثم هذا كلُّه عندنا.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: يجبُ علىٰ كلٍّ واحدٍ نصفُ دينارٍ، فيُسوِّي[3] بين الكلِّ؛ لأنه صِلَةٌ، فيَعتبرُه بالزكاة، وأدناها ذلك، إذْ خمسةُ دراهمَ عندهم: نصفُ دينارٍ.

ولكنَّا نقولُ: هي[4] أحطُّ رتبةً منها[5]؛ ألا ترىٰ أنها لا تُؤخَذُ من أصلِ

---

(١) هكذا ضُبطت في نسخة ٦٠٥هـ، وضُبطت في نُسخ أخرىٰ: يكْثُرون.

(٢) المهذب ٢/٢٤١.

(٣) وضبطت في نُسخ بالمجهول: فيُسوَّىٰ.

(٤) أي الدية.

(٥) أي الزكاة.

. . . .

المال، فيُنتَقَصُ منها؛ تحقيقاً لزيادة التخفيف.

ولو كانت عاقلةُ الرَّجُلِ أصحابَ الرِّزْق[1]: يُقضىٰ بالدية في أرزاقهم، في ثلاث سنين، في كلِّ سَنَةٍ: الثلُثُ؛ لأنَّ الرِّزْقَ في حَقِّهم: بمنزلة العطاء، قائمٌ مَقامَه، إذْ كلٌّ منهما صِلَةٌ من بيت المال.

ثم يُنظَرُ إن كانتْ أرزاقُهم تَخرُجُ في كل سَنَةٍ، فكما يَخرجُ رِزْقٌ: يُؤخَذُ منه الثلُثُ، بمنزلة العطاء.

وإن كان يَخرجُ في كلِّ ستةِ أشهرٍ، وخَرَجَ بعد القضاء: يُؤخَذُ منه سدسُ الدية.

وإن كان يَخرجُ في كلِّ شهرٍ: يُؤخَذُ من كلِّ رِزْقٍ بحصته من الشهر، حتىٰ يكونَ المستوفَىٰ في كلِّ سَنَةٍ: مقدارَ الثلث.

وإن خرج بعد القضاء بيومٍ أو أكثرَ: أُخِذَ من رِزْقِ ذلك الشهر بحصة الشهر.

وإن كانت لهم أرزاقٌ في كلِّ شهرٍ، وأُعْطِيةٌ في كلِّ سَنَةٍ: فُرِضَتِ الديةُ في الأُعطية، دونَ الأرزاق؛ لأنه أيسرُ، إما لأن الأُعطيةَ أكثرُ، أو لأن الرِّزْقَ لكفاية الوقت، فيتعسَّرُ الأداءُ منه، والأُعطياتُ ليكونوا في الديوان قائمين بالنُّصْرة، فيتيسَّرُ عليهم.

---

(١) كالعلماء والقضاة، والفرق بين الرزق والعطايا: أن الرِّزق: ما يُفرض للإنسان في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية كل شهر أو كل يوم، والعطاء: ما يُعطَىٰ للمقاتِلة، ويُفرَض كل سنة، لا بالحاجة. حاشية نسخة ٩٨١هـ، وحاشية سعدي، وينظر المغرب (رزق).

وأُدخِلَ القاتلُ مع العاقلة، فيكونُ فيما يؤدِّي: كأحدِهم.
وليس علىٰ النساءِ والذُّرِّيَّة ممن كان له حظٌّ في الديوان: عَقْلٌ.

قال: (وأُدخِلَ[1] القاتلُ مع العاقلة، فيكونُ فيما يؤدِّي: كأحدِهم)؛ لأنه هو الفاعلُ[2]، فلا معنىً لإخراجه، ومؤاخَذَةِ غيرِه.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجبُ علىٰ القاتل شيءٌ من الدية؛ اعتباراً للجزء بالكلِّ في النفي عنه، والجامعُ: كونُه معذوراً.

قلنا: إيجابُ الكلِّ: إجحافٌ به، ولا كذلك إيجابُ الجزءِ.

ولو كان الخاطئُ معذوراً: فالبريءُ منه[4]: أَوْلىٰ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾. الأنعام/١٦٤.

قال: (وليس علىٰ النساءِ والذُّرِّيَّة ممن كان له حظٌّ في الديوان: عَقْلٌ)؛ لقول عمر رضي الله عنه: «لا يَعقِلُ مع العاقلة صبيٌّ، ولا امرأةٌ»[5].

ولأنَّ العقلَ إنما يجبُ علىٰ أهلِ النُّصْرة؛ لتركهم مراقبتَه.

والناسُ لا يتناصرون بالصبيان والنساءِ، ولهذا لا يوضَعُ عليهم ما هو خَلَفٌ عن النُّصْرةِ، وهو الجِزْيةُ.

---

(١) وفي نُسخ: ويدخلُ.
(٢) وفي نُسخ: القاتل.
(٣) وفي التهذيب في فقه الشافعية ١٢٨/٧ أنه يجب علىٰ القاتل أيضاً. ويحرر.
(٤) وفي نُسخ: عنه. أي عن الخطأ. والبريء هو: الذي لا جُرمَ له، أي العاقلة.
(٥) قال في الدراية ٢٨٨/٢: لم أجده.

ولا يَعقِلُ أهلُ مصرٍ عن أهل مصرٍ آخَرَ.

وعلىٰ هذا: لو كان القاتلُ صبياً أو امرأةً: لا شيءَ عليهما من الدية، بخلاف الرجل، لأنَّ وجوبَ جزءٍ من الدية علىٰ القاتل باعتبار أنه أحدُ العواقل؛ لأنه يَنصرُ نفسَه، وهذا لا يوجَدُ فيهما.

والفَرْضُ لهما من العطاء: للمعونة[1]، لا للنُّصْرة، كفرضِ أزواجِ النبي[2] عليه الصلاة والسلام، ورضي الله عنهنَّ.

قال: (ولا يَعقِلُ أهلُ مصرٍ عن أهل مصرٍ آخَرَ).

يريدُ به: إذا كان لأهل كلِّ مصرٍ ديوانٌ علىٰ حِدَةٍ؛ لأنَّ التناصرَ بالديوان عند وجوده.

ولو كان[3] باعتبار القُرْبِ في السكنىٰ: فأهلُ مصرِه أقربُ إليه من أهل مصرٍ آخَرَ.

---

(١) أي لمعونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك. البناية ١٦/٢٤٠.

(٢) فإنه فَرَضَ لهنَّ للمعونة، لا للنصرة، ففي صحيح البخاري (٥٣٥٨): كان رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يُنفق علىٰ أهله نفقةَ سَنَتِهم من هذا المال ـ أي الخُمُس ـ، وفي سنن أبي داود (٣٠٠٨): أطعم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم كلَّ امرأة من أزواجه من الخُمُس مائةَ وَسْقٍ تمراً، وعشرين وسقاً شعيراً، وفي غيرهما من كتب السنن.

وأنبه هنا إلىٰ أن صاحب نصب الراية لم يخرج هذا الحديث، ، وكذلك صاحب الدراية، ولا العيني في البناية ١٦/٢٤١.

(٣) أي لو كان التناصر.

ويعقلُ أهلُ كلِّ مصرٍ من أهل سَوَادِهم.

ومَن كان منزلُه بالبصرة، وديوانُه بالكوفة: عَقَلَ عنه أهلُ الكوفة.

ومَن جنىٰ جنايةً من أهل المصرِ، وليس له في الديوان عطاءٌ، وأهلُ الباديةِ أقربُ إليه، ومَسْكَنُه المصرُ: عَقَلَ عنه أهلُ الديوان من ذلك المصر.

قال: (ويعقلُ أهلُ كلِّ مصرٍ من أهل سَوَادِهم[1])؛ لأنهم أتباعٌ لأهل المصر، فإنهم إذا حَزَبَهم أمرٌ: استنصروا بهم، فيَعقِلُونَهم أهلُ المصر؛ باعتبار معنىٰ القُرْب والنُّصْرة.

قال: (ومَن كان منزلُه بالبصرة، وديوانُه بالكوفة: عَقَلَ عنه أهلُ الكوفة)؛ لأنه يَستنْصِرُ بأهل ديوانه، لا بجيرانِه.

والحاصلُ: أن الاستنصارَ بالديوان أظهرُ، فلا يَظهرُ معه حُكْمُ النُّصْرةِ بالقرابة، والنَّسَبِ، والوَلاءِ، وقُرْبِ السُّكْنىٰ، وغيرِه.

وبعدَ الديوان: النُّصْرةُ بالنَّسَب، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وعلىٰ هذا تُخَرَّجُ كثيرٌ من صُوُر مسائلِ المعاقِل.

قال: (ومَن جنىٰ جنايةً من أهل المصرِ، وليس له في الديوان عطاءٌ، وأهلُ الباديةِ أقربُ إليه، ومَسْكَنُه المصرُ: عَقَلَ عنه أهلُ الديوان من ذلك المصر).

---

(١) أي أهل القرىٰ.

ولو كان البدويُّ نازلاً في المصر، ولا مَسْكَنَ له فيه : لا يَعقِلُه أهلُ المصر .

ولم يَشترِطْ[١] أن يكون بينَه وبين أهل الديوان قرابةٌ.

وقيل: هو[٢] صحيحٌ؛ لأن الذين يَذُبُّون عن أهل المصر، ويقومون بنُصْرتهم، ويدفعون عنهم: أهلُ الديوان من أهل المصر، ولا يَخُصُّون به أهلَ العطاء.

وقيل: تأويلُه[٣]: إذا كان قريباً[٤] لهم.

وفي «الكتاب[٥]» إشارةٌ إليه، حيث قال: وأهلُ الباديةِ أقربُ إليه من أهل المصر.

وهذا لأنَّ الوجوبَ عليهم بحكم القرابةِ، وأهلُ المصرِ أقربُ منهم مكاناً، فكانتِ القدرةُ علىٰ النُّصْرة لهم، وصارت[٦] نظيرَ مسألةِ الغَيْبة المنقطعةِ.

قال: (ولو كان البدويُّ نازلاً في المصر، ولا مَسْكَنَ له فيه: لا يَعقِلُه أهلُ المصر).

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، وضبطت في نُسخ: ولم يُشترَط: بالمبني للمجهول.

(٢) أي اشتراط القرابة.

(٣) أي تأويل قول مَن قال بعدم الاشتراط المذكور.

(٤) أي ذا قرابة.

(٥) أي الأصل للإمام محمد. والنص في الأصل ٣٨٨/٩، ولم أقف في الشروح والنسخ الخطية علىٰ مَن بيَّن المقصودَ من: الكتاب: ها هنا.

(٦) أي هذه المسألة. البناية ٢٤٢/١٦، وفي نُسخ: وصار.

وإن كان لأهل الذمةِ عواقِلُ معروفةٌ يتعاقلون بها، فقَتَلَ أحدُهم قتيلاً: فديتُه علىٰ عاقلته، بمنزلة المسلم.

وإن لم تكن لهم عاقلةٌ معروفةٌ: فالديةُ في مالِه، في ثلاثِ سنينَ من يومِ يُقضَىٰ بها عليه، كما في حَقِّ المسلم.

لأنَّ أهلَ العطاء لا يَنصرون مَن لا مَسكَنَ له فيه، كما أن أهلَ الباديةِ لا يَعقلُ عن أهلِ المصر النازلِ فيهم؛ لأنه لا يَستنصِرُ بهم.

قال: (وإن كان لأهل الذمةِ عواقِلُ معروفةٌ يتعاقلون بها، فقَتَلَ أحدُهم قتيلاً: فديتُه علىٰ عاقلته، بمنزلة المسلم)؛ لأنهم التزموا أحكامَ الإسلامِ في المعاملات، لا سيَّما في المعاني العاصِمَةِ عن الإضرار، ومعنىٰ التناصرِ موجودٌ في حَقِّهم.

قال: (وإن لم تكن لهم عاقلةٌ معروفةٌ: فالديةُ في مالِه، في ثلاثِ سنينَ من يومِ[1] يُقضَىٰ بها عليه، كما في حَقِّ المسلم)؛ لِمَا بيَّنَّا أن الوجوبَ علىٰ القاتل، وإنما يُتحوَّلُ عنه إلىٰ العاقلة أنْ لو وُجِدَتْ.

فإذا لم توجد: بَقِيَتْ عليه في ماله، بمنزلة تاجِرَيْن مسلمَيْن في دار الحربِ، قَتَلَ أحدُهما صاحبَه: يُقضَىٰ بالدية عليه في مالِه؛ لأن أهلَ دارِ الإسلام لا يَعقِلون عنه، وتَمكُّنُه من هذا القتل ليس بنُصْرتهم[2].

---

(١) وضُبط لفظ: يوم: في نسخٍ أخرىٰ بالفتح.

(٢) أي ليس بنصرة أهل الإسلام.

ولا يَعْقِلُ كافرٌ عن مسلمٍ، ولا مسلمٌ عن كافرٍ.

والكفارُ يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مِلَلُهم.

ولو كان القاتِلُ من أهل الكوفة، وله بها عطاءٌ، فحُوِّلَ ديوانُه إلىٰ البصرة، ثم رُفِعَ إلىٰ القاضي: فإنه يقضي بالدية علىٰ عاقلته من أهل البصرة.

وقال زفر رحمه الله: يقضي علىٰ عاقلته من أهل الكوفة، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

قال: (ولا يَعْقِلُ كافرٌ عن مسلمٍ، ولا مسلمٌ عن كافرٍ)؛ لعدمِ التناصرِ.

قال: (والكفارُ يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مِلَلُهم)؛ لأن الكفرَ كلَّه مِلَّةٌ واحدةٌ[1].

قالوا: هذا إذا لم تكنِ المعاداةُ فيما بينهم ظاهرةً، أما إذا كانت ظاهرةً، كاليهود والنصارىٰ: ينبغي أن لا يَعقِلَ بعضُهم عن بعض.

وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله؛ لانقطاع التناصُر.

قال: (ولو كان القاتِلُ من أهل الكوفة، وله بها عطاءٌ، فحُوِّلَ ديوانُه إلىٰ البصرة، ثم رُفِعَ إلىٰ القاضي: فإنه يقضي بالدية علىٰ عاقلته من أهل البصرة.

وقال زفر رحمه الله: يقضي علىٰ عاقلته من أهل الكوفة، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله)؛ لأن الموجِبَ هو الجنايةُ، وقد تحقَّقَت، وعاقلتُه أهلُ الكوفة، وصار كما إذا حُوِّلَ بعد القضاء.

---

(١) بلفظ: الكفر كله ملةٌ واحدة: في الآثار لأبي يوسف ١/١٧١ من قول عمر رضي الله عنه، ولم يخرِّجه الزيلعي في نصب الراية، ولا غيره.

. . . .

ولنا: أن المالَ إنما يجبُ عند القضاء؛ لِمَا ذكرنا أن الواجبَ هو المِثلُ، وبالقضاء ينتقلُ إلىٰ المال.

وكذا الوجوبُ علىٰ القاتل، وتتحمَّلُ عنه عاقلتُه، وإذا كان كذلك: يتحمَّلُ عنه مَن تكون[1] عاقلتُه عند القضاء.

بخلاف ما بعد القضاء؛ لأن الوجوبَ قد تقرَّر بالقضاء، فلا يَنتقلُ بعدَ ذلك، لكنَّ حِصَّةَ القاتل تُؤخَذُ من عطائه بالبصرة؛ لأنها تُؤخَذُ من العطاءِ، وعطاؤه بالبصرة.

بخلاف ما إذا قَلَّتِ العاقلةُ بعد القضاء عليهم، حيث يُضَمُّ إليهم أقربُ القبائل في النسب؛ لأن في النقل إبطالَ حكمِ الأولِ، فلا يجوزُ بحال، وفي الضمِّ: تكثيرُ المتحمِّلين لِمَا قُضِيَ به عليهم، فكان فيه تقريرُ الحكمِ الأولِ، لا إبطالُه.

وعلىٰ هذا: لو كان القاتلُ مسكنُه بالكوفة، وليس له عطاءٌ، ولم يُقضَ عليه حتىٰ استوطن البصرةَ: قُضِيَ بالدية علىٰ أهل البصرة.

ولو كان قُضِيَ بها علىٰ أهل الكوفة: لم تَنتقلْ عنهم[2].

وكذا البدويُّ إذا أُلْحِقَ بالديوان بعد القتل قبلَ القضاء: يُقضىٰ بالدية علىٰ أهل الديوان.

---

(١) وفي نُسخ: يكون. بالياء.

(٢) وفي نُسخ: عنه. أي عن الديوان. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

وعاقلةُ المعتَقِ: قبيلةُ مولاه.

ومولىٰ الموالاةِ يعقِلُ عنه مولاه، وقبيلتُه.

وبعد القضاءِ: علىٰ عاقلته بالبادية، لا يُتحوَّل عنهم.

وهذا بخلاف ما إذا كان قومٌ من أهل البادية، قُضِيَ بالدية عليهم في أموالِهم، في ثلاثِ سنين، ثم جَعَلَهمُ الإمامُ في العطاء: حيثُ تصيرُ الديةُ في أُعطياتهم وإن كان قُضِيَ بها في أولِ مرةٍ في أموالهم؛ لأنه ليس فيه نَقْضُ القضاءِ الأول؛ لأنه قُضِيَ بها في أموالهم، وأُعطياتُهم: أموالُهم.

غيرَ أن الديةَ تُقضىٰ من أيسر الأموال أداءً، والأداءُ من العطاءِ أيسرُ إذا صاروا من أهلِ العطاء.

إلا إذا لم يكن مالُ العطاءِ من جنسِ ما قُضِيَ به عليه، بأن كان القضاءُ بالإبل، والعطاءُ دراهمُ: فحينئذٍ لا تتحوَّلُ إلىٰ الدراهم أبداً؛ لِمَا فيه من إبطال القضاء الأول، لكنْ يُقضىٰ ذلك من مالِ العطاءِ؛ لأنه أيسرُ.

قال: (وعاقلةُ المعتَقِ: قبيلةُ مولاه)؛ لأنَّ النُّصْرةَ بهم.

ويُؤيِّدُ ذلك قولُه عليه الصلاة والسلام: «مولىٰ القومِ: منهم»[1].

قال: (ومولىٰ الموالاةِ يعقِلُ عنه مولاه، وقبيلتُه)؛ لأنه وَلاءٌ يُتناصَرُ به، فأشبه ولاءَ العَتَاقة.

---

(١) صحيح البخاري (٦٧٦١)، بلفظ: «مولىٰ القوم من أنفسهم»، وبلفظ: «مولىٰ القوم منهم»، في مسند أحمد ٤٤٨/٣، والحاكم في المستدرك ٣٢٨/٢، وصححه، ووافقه الذهبي، وينظر نصب الراية ٤٠٤/٢، ١٤٩/٤.

ولا تَتحمَّلُ العاقلةُ أقلَّ من نصفِ عُشْرِ الديةِ، وتتحمَّلُ عنه نصفَ عُشْر الدية، فصاعداً.

وفيه خلافُ الشافعي[١] رحمه الله، وقد مَرَّ في كتاب الوَلاء، ولا يُعاد ثانياً.

قال: (ولا تَتحمَّلُ[٢] العاقلةُ أقلَّ من نصفِ عُشْرِ الديةِ، وتتحمَّلُ عنه نصفَ عُشْر الدية، فصاعداً).

والأصلُ فيه: حديثُ ابنِ عباسٍ رضي الله عنهما موقوفاً عليه[٣]، ومرفوعاً إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام: «لا تَعقِلُ العواقِلُ عمداً، ولا عبداً، ولا صُلْحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دونَ أَرْشِ المُوضِحَة»[٤].

وأَرْشُ المُوضِحَة: نصفُ عُشْرِ بدلِ النفس.

ولأنَّ التحمُّلَ للتحرُّزِ عن الإجحاف، ولا إجحافَ في القليل، وإنما هو في الكثير، والتقديرُ الفاصِلُ عُرِفَ بالسَّمْع.

---

(١) البيان للعمراني ٩/١٥.

(٢) وفي نُسخ: ولا تَعقِل.

(٣) سنن البيهقي ٨/١٠٤، وينظر نصب الراية ٤/٣٧٩.

(٤) قال في منية الألمعي ص ٤٠٩: ذَكَرَه رزين العبدري مرفوعاً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وعنه ابنُ الأثير في جامع الأصول ٥/١٨٢». اهـ، أما في نصب الراية ٤/٣٧٩، فقال: غريب مرفوعاً، وقال في الدراية ٢/٢٨٨: لم أجده.

قال في الدراية ٢/٢٨٠: لم أره مرفوعاً، ورواه محمد بن الحسن في الآثار موقوفاً علىٰ ابن عباس رضي الله عنهما، ونقل العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٤/١٤٧ عن ابن عبد البر أنه لا مخالف له من الصحابة رضي الله عنهم.

وما نَقَصَ من ذلك : يكونُ في مالِ الجاني .

ولا تَعْقِلُ العاقلةُ جنايةَ العبدِ، ولا ما لَزِمَ بالصُّلْحِ، أو باعتراف الجاني .

قال: (وما نَقَصَ من ذلك: يكونُ في مالِ الجاني).

والقياسُ فيه: التسويةُ بين القليل والكثيرِ، فيجبُ الكلُّ علىٰ العاقلةِ، كما ذهب إليه الشافعي[1] رحمه الله.

أو التسويةُ في أنْ لا يجبَ علىٰ العاقلة شيءٌ، إلا أنَّا تَرَكْناه بما روينا.

وبما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام أوجبَ أرشَ الجنينِ علىٰ العاقلة[2].

وهو نصفُ عُشْرِ بدلِ الرجُل، علىٰ ما مَرَّ في الديات.

فما دونَه: يُسلَكُ به مَسلَكَ الأموالِ؛ لأنه يجبُ بالتحكيمِ، كما يجب ضمانُ المالِ بالتقويم، فلهذا كان في مال الجاني؛ أخذاً بالقياس.

قال: (ولا تَعْقِلُ العاقلةُ جنايةَ العبدِ[3]، ولا ما لَزِمَ بالصُّلْحِ، أو باعتراف الجاني)؛ لِمَا روينا.

ولأنه لا تناصُرَ بالعبد.

---

(١) الحاوي الكبير ١٢/٣٥٥.

(٢) تقدم قريباً.

(٣) هكذا: العبد: في نُسخ الهداية، أما نُسخ القدوري ففيها: العبد، وفيها: العمد، وكلاهما صحيحٌ، وقد جَمَعَ بينهما صاحب خلاصة الدلائل ص٢٤٥، وهو ما أثبته في تحقيقي للقدوري مع اللباب ٤/٤٤٩.

إلا أن يُصدِّقوه.

ومَن أقرَّ بقتلٍ خطأٍ، ولم يَرفعوا إلىٰ القاضي إلا بعدَ سنين: قُضِيَ عليه بالدية في مالِه، في ثلاث سنينَ من يومِ يُقضىٰ.

والإقرارُ والصلحُ لا يُلزِمان العاقلةَ؛ لقصور الولايةِ عنهم.

قال: (إلا أن يُصدِّقوه[1])؛ لأنه ثَبَتَ بتصادقهم[2]، والامتناعُ كان لِحَقِّهم، ولهم ولايةٌ علىٰ أنفسهم.

قال: (ومَن أقرَّ بقتلٍ خطأٍ، ولم يَرفعوا[3] إلىٰ القاضي إلا بعدَ سِنِيْن: قُضِيَ عليه بالدية في مالِه، في ثلاث سنينَ من يومِ يُقضىٰ)؛ لأن التأجيلَ من وقت القضاء في الثابت بالبينة، ففي الثابت بالإقرار أَولىٰ.

ولو تصادَقَ القاتلُ ووليُّ الجنايةِ علىٰ أنَّ قاضيَ بلدِ كذا قضىٰ بالدية علىٰ عاقلته بالكوفة بالبينة، وكذَّبتْهما[4] العاقلةُ: فلا شيءَ علىٰ العاقلة؛ لأن تصادُقَهما ليس بحُجَّةٍ عليهم.

ولم يكن عليه شيءٌ في مالِه؛ لأنَّ الديةَ بتصادقهما تقرَّرت علىٰ العاقلة بالقضاء، وتصادُقُهما حُجَّةٌ في حَقِّهما، بخلاف الأول.

---

(١) أي إلا أن تُصدِّق العاقلةُ المقِرَّ في إقراره: فحينئذٍ يلزمهم تحمُّل العقل.

(٢) أي بتصادق العاقلة.

(٣) وفي نُسخ: ولم يرتفعوا.

(٤) أي القاتل والولي.

وإذا جنىٰ الحرُّ علىٰ العبدِ، فقتَلَه خطأً: كان علىٰ عاقلته قيمتُه.

إلا أن يكونَ له عطاءٌ معهم: فحينئذ يلزمُه[١] بقَدْر حصَّتِه من ذلك؛ لأنه في حَقِّ حصته: مُقِرٌّ علىٰ نفسه، وفي حَقِّ العاقلة: مُقِرٌّ عليهم.

قال: (وإذا جنىٰ الحرُّ علىٰ العبدِ، فقتَلَه خطأً: كان علىٰ عاقلته قيمتُه)؛ لأنه بدلُ النفس، علىٰ ما عُرِفَ من أصلنا.

وفي أحدِ قولِي الشافعيّ[٢] رحمه الله: تجبُ في مالِه؛ لأنه بدلُ المال عنده، ولهذا يوجِبُ قيمتَه بالغةً ما بلغت.

وما دون النفس من العبد: لا تتحمَّلُه العاقلةُ؛ لأنه يُسلَكُ به مَسلَكَ الأموال عندنا، علىٰ ما عُرِفَ.

وفي أحدِ قوليه[٣]: تتحمَّله العاقلةُ، كما في الحُرِّ، وقد مَرَّ من قَبْلُ[٤].

قال أصحابنا[٥] رحمهم الله: إن القاتلَ إذا لم تكن له عاقلةٌ: فالديةُ في بيت المال؛ لأن جماعةَ المسلمين هم أهلُ نُصْرته، وليس بعضُهم أخصَّ من بعضٍ بذلك.

---

(١) وفي نُسخ: تلزمه.

(٢) ذكر في الأم ٣/٢٦١ أنها علىٰ العاقلة.

(٣) أي قولي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٤) أي في أول فصلٍ بعد باب جناية المملوك. البناية ١٦/٢٥١.

(٥) أي أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمدٌ رحمهم الله. من حواشي النُّسخ الخطية.

وابنُ المُلاعَنَة : تَعقِلُه عاقلةُ أُمِّه .

فإن عَقَلُوا عنه، ثم ادَّعاه الأبُ : رجعتْ عاقلةُ الأُمِّ بما أدَّت علىٰ عاقلةِ الأب، في ثلاثِ سنينَ من يومٍ يَقضي القاضي لعاقلةِ الأُمِّ علىٰ عاقلة الأب .

ولهذا لو مات[١]: كان ميراثُه لبيت المال، فكذا ما يلزمُه من الغرامة: يلزمُ بيتَ المال.

وعن أبي حنيفة رحمه الله روايةٌ شاذةٌ: أن الديةَ في مالِه.

ووجهُه: أن الأصلَ أن تجبَ الديةُ علىٰ القاتل؛ لأنه بدلُ متلَفٍ، والإتلافُ منه، إلا أن العاقلةَ تتحمَّلُها؛ تحقيقاً للتخفيف، علىٰ ما مَرَّ، وإذا لم تكن له عاقلةٌ: عاد الحكمُ إلىٰ الأصل.

قال: (وابنُ المُلاعَنَة: تَعقِلُه عاقلةُ أُمِّه)؛ لأنَّ نسبَه ثابتٌ منها، دونَ الأب.

قال: (فإن عَقَلُوا عنه، ثم ادَّعاه الأبُ: رجعتْ عاقلةُ الأُمِّ بما أدَّت علىٰ عاقلةِ الأب، في ثلاثِ سنينَ من يومٍ يَقضي القاضي لعاقلةِ الأُمِّ علىٰ عاقلة الأب).

لأنه تبيَّنَ أن الديةَ واجبةٌ عليهم؛ لأن عند الإكذابِ: ظَهَرَ أن النسبَ لم يَزَلْ كان ثابتاً من الأب، حيث بَطَلَ اللعانُ بالإكذاب، ومتىٰ ظَهَرَ من الأصل: فقَوْمُ الأمِّ تحمَّلوا ما كان واجباً علىٰ قَوْمِ الأبِ، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرُّون[٢] في ذلك.

---

(١) ولم يترك وارثاً.

(٢) والمضطرُّ يرجع كمعير الرهن.

وكذلك إن مات المكاتَبُ عن وفاءٍ، وله ولدٌ حُرٌّ مسلمٌ، فلم يُؤدِّ كتابتَه حتىٰ جنىٰ ابنُه، وعَقَلَ عنه قومُ أمِّه، ثم أُدِّيتِ الكتابةُ.

وكذلك رجلٌ أَمَرَ صبيّاً بقتل رجُلٍ، فقتَلَه، فضُمِّنَت عاقلةُ الصبيِّ الديةَ: رجعتْ بها علىٰ عاقلةِ الآمِرِ إن كان الأمرُ ثَبَتَ بالبينة، وفي مالِ الآمِرِ إن كان ثبت بإقراره، في ثلاثِ سنينَ من يومٍ يقضي بها القاضي علىٰ الآمر، أو علىٰ عاقلته.

قال: (وكذلك إن مات المكاتَبُ عن وفاءٍ، وله ولدٌ حُرٌّ مسلمٌ، فلم يُؤدِّ[1] كتابتَه حتىٰ جنىٰ ابنُه، وعَقَلَ عنه قومُ أمِّه، ثم أُدِّيتِ الكتابةُ[2])؛ لأنه عند الأداءِ يَتحوَّلُ وَلاؤه إلىٰ قومِ أبيه من وقت حريةِ الأبِ، وهو آخِرُ جزءٍ من أجزاءِ حياته، فتبيَّنَ أن قومَ الأمِّ عَقَلُوا عنهم، فيرجعون عليهم.

قال: (وكذلك رجلٌ أَمَرَ صبيّاً بقتل رجُلٍ، فقتَلَه، فضَمِنَت عاقلةُ الصبيِّ الديةَ: رجعتْ بها علىٰ عاقلةِ الآمِرِ إن كان الأمرُ ثَبَتَ بالبينة، وفي مالِ الآمِرِ إن كان ثبت بإقراره، في ثلاثِ سنينَ من يومِ يقضي بها القاضي علىٰ الآمر، أو علىٰ عاقلته)[3]؛ لأن الديات تجبُ مؤجَّلةً بطريق التيسير.

---

(١) وفي نُسخ: تُؤدِّ.

(٢) هذه المسألة مثبتةٌ علىٰ أنها من بداية المبتدي في نسخة ١٠٨٢ هـ، دون غيرها مما لديَّ من النُّسخ المميِّزة للمتن عن شرح الهداية.

(٣) هذه المسألة مثبتة علىٰ أنها من بداية المبتدي في نسخة ١٠٨٢ هـ، دون غيرها مما لديَّ من النُّسخ المميزة.

. . . .

قال رضي الله عنه: ها هنا عدةٌ من المسائلِ ذَكَرَها محمدٌ رحمه الله متفرِّقةً، والأصلُ الذي تُخرَّجُ عليه أن يُقال:

حالُ القاتلِ إذا تبدَّل حُكماً، فانتقل ولاؤه[1] إلىٰ وَلاءٍ بسببِ أمرٍ حادثٍ: لم تنتقلْ جنايتُه عن الأُولىٰ، قُضِيَ بها أو لم يُقْضَ.

وإن ظهرتْ حالةٌ خفيَّةٌ، مثلُ دِعوة ولدِ المُلاعَنَة: حُوِّلتِ الجنايةُ إلىٰ الأخرىٰ، وَقَعَ القضاءُ بها، أو لم يَقَعْ.

ولو لم يختلفْ حالُ الجاني، ولكنَّ العاقلةَ تبدَّلتْ: كان الاعتبارُ في ذلك لوقت القضاء.

فإن كان قُضِيَ بها علىٰ الأُولىٰ: لم تنتقلْ إلىٰ الثانية.

وإن لم يكن قُضِيَ بها علىٰ الأُولىٰ: فإنه يُقضَىٰ بها علىٰ الثانية.

وإذا كانت العاقلةُ واحدةً، فلَحِقَها زيادةٌ أو نقصانٌ: اشتركوا في حُكْم الجنايةِ قبلَ القضاء وبعدَه، إلا فيما سَبَقَ أداؤه.

فمَنْ أَحْكمَ هذا الأصلَ متأمِّلاً: يُمكِنُه التخريجُ فيما وَرَدَ عليه من النظائر والأضدادِ، والله الموفِّق.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فانتقل ولاءٌ.

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصيَّة، ما يجوزُ من ذلك وما يُستَحَبُّ منه، وما يكونُ رجوعاً عنه

الوصيةُ غيرُ واجبةٍ، وهي مستحبَّةٌ .

كتاب الوصايا

بابٌ في صفة الوصيَّة، ما يجوزُ من ذلك وما يُستَحَبُّ منه، وما يكونُ رجوعاً عنه

قال: (الوصيةُ غيرُ واجبةٍ، وهي مستحبَّةٌ).

والقياسُ يأبىٰ جوازَها؛ لأنه تمليكٌ مضافٌ إلىٰ حالِ زوالِ مالكيَّتِه.

ولو أُضيفَ[١] إلىٰ حالِ قيامِها، بأن قيل: ملَّكتُكَ غداً: كان باطلاً، فهذا أَوْلىٰ.

إلا أنَّا استَحْسَنَّاها؛ لحاجةِ الناسِ إليها، فإن الإنسانَ مغرورٌ بأمَلِه، مُقَصِّرٌ في عمله، فإذا عَرَضَ له المرضُ، وخاف البَيَاتَ[٢]: يَحتاجُ إلىٰ تلافي بعضِ ما فَرَطَ[٣] منه من التفريط بمالِه، علىٰ وجهٍ لو مضىٰ فيه: يتحقَّقُ مَقْصِدَه المآلي،

---

(١) أي التمليك.

(٢) أي الهلاكَ والموتَ. البناية ٢٥٨/١٦، وفي نُسخ: الممات.

(٣) أي سبق. وضُبطت في نُسخ بتشديد الراء: فرَّط.

. . . .

ولو أنهضَهَ البرءُ: يَصرِفُه إلىٰ مَطْلَبِه الحالي، وفي شَرْعِ الوصيةِ: ذلك[1]، فشَرَعْناه، ومثلُه في الإجارة بيَّنَّاه.

وقد تبقَىٰ المالكيةُ[2] بعد الموت؛ باعتبارِ الحاجةِ، كما في قَدْرِ التجهيز، والدَّيْنِ.

وقد نَطَقَ به الكتابُ، وهو قولُه تعالىٰ: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾. النساء/١١.

والسُّنَّةُ، وهو قولُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالىٰ تَصدَّقَ عليكم بثُلُثِ أموالِكم في آخِرِ أعمارِكم؛ زيادةً لكم في أعمالِكم، تَضَعُونَها حيثُ شئتُم»[3].

أو قال: «حيثُ أحبَبْتُم».

وعليه إجماعُ الأُمَّة.

---

(١) أي تلافي بعض ما فرط منه.

(٢) أي في الوصية.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، لكن قريبٌ منه في سنن ابن ماجه (٢٧٠٩)، قال البوصيري في زوائده: في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي، ضعَّفه غير واحد. اهـ، سنن الدارقطني (٤٢٨٩)، المعجم الكبير (٩٤).

قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٧٠٩٣): إسناده حسن، وقال ابن حجر في بلوغ المرام ١٠٧/٣: أخرجه أحمد (٢٧٤٨٢)، والبزار (٤١٣٣) من حديث أبي الدرداء، وابن ماجه من حديث أبي هريرة، وكلها ضعيفة، لكن قد يقوي بعضها بعضاً. اهـ، وينظر نصب الراية ٣٩٩/٤، التعريف والإخبار ١٥٠/٤.

ولا تجوزُ بما زادَ علىٰ الثلُثِ .

ثم تصحُّ للأجنبيِّ في الثُّلُثِ من غير إجازةِ الورثة؛ لِمَا رويناه، وسنبيِّنُ ما هو الأفضلُ فيه[١] إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا تجوزُ بما زادَ علىٰ الثلُثِ).

لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وَقَّاصٍ رضي الله عنه: «الثلُثُ، والثلُثُ كثيرٌ»[٢]، بعد ما نفىٰ وصيتَه بالكلِّ، والنصف.

ولأنه حَقُّ الورثة، وهذا لأنه انعقدَ سببُ الزوالِ إليهم، وهو[٣] استغناؤه عن المال، فأوجب تعلُّقَ حَقِّهم به، إلا أن الشرعَ لم يُظهِرْه في حَقِّ الأجانب بقدر الثلث؛ ليتداركَ تقصيرَه، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وأظهرَه في حقِّ الورثة؛ لأن الظاهرَ أنه لا يَتصدَّقُ به عليهم؛ تحرُّزاً عما يَتَّفِقُ من الإيثار، علىٰ ما نُبيِّنُه.

وقد جاء في الحديثِ: «الحَيْفُ[٤] في الوصية: من أكبرِ الكبائر»[٥].

---

(١) أي في فعل الوصية أو في قَدْرِها.

(٢) صحيح البخاري (١٢٩٥)، صحيح مسلم (١٦٢٨).

(٣) أي الميت.

(٤) وفي نُسخ: الجنَف. ومعناه: الميل، وأما الحيف: فهو الجَوْر والظُّلم.

(٥) قال في نصب الراية ٤/٢٠١: غريب، ثم ذكر أنه أخرجه ابن مردويه في التفسير بلفظ: «الحيف في الوصية: من الكبائر»، ونقل عن البيهقي (١٢٥٨٧) قال: الصحيح وقفه، ورَفْعُه ضعيف. اهـ، وقال العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤١٠: علىٰ أن الموقوف في هذا له حكم المرفوع. اهـ، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه في التفسير (٢٦٠)، الأحاديث المختارة للمقدسي (٤٠٠)، وينظر الدراية ٢/٢٨٩.

إلا أن تُجيزَها الورثةُ بعد موته وهم كبارٌ.

وفسَّروه بالزيادة علىٰ الثلُثِ، وبالوصية للوارث.

قال: (إلا أن تُجيزَها[1] الورثةُ بعد موته وهم كبارٌ)؛ لأن الامتناعَ لِحَقِّهم، وهم أسقطوه

ولا مُعتَبَرَ بإجازتهم في حالِ حياتِه؛ لأنها: قبلَ ثبوتِ الحَقِّ، إذِ الحَقُّ يثبتُ عند الموت، فكان لهم أن يردُّوه بعد وفاته.

بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه: بعدَ ثبوتِ الحقِّ، فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن الساقطَ مُتلاشٍ، غايةُ الأمر أنه يَستندُ عند الإجازة، لكنَّ الاستنادَ يَظهرُ في حقِّ القائم، وهذا قد مضىٰ وتلاشىٰ.

ولأن الحقيقةَ تثبتُ عند الموتِ، وقبلَه يثبتُ مجرَّدُ الحقِّ، فلو استند من كلِّ وَجْهٍ: ينقلبُ حقيقةً قبلَه، والرضا ببطلان الحقِّ: لا يكونُ رضاً ببطلان الحقيقة.

وكذلك إن كانتِ الوصيةُ للوارثِ، وأجازتِ البقيةُ: فحُكْمُه ما ذكرناه.

وكلُّ ما جاز بإجازةِ الوارثِ: يتملَّكُه المُجازُ له من قِبَلِ الموصي عندنا.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: من قِبَلِ الوارث.

والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ السببَ صَدَرَ من الموصي، والإجازةُ: رَفْعُ المانعِ، وليس من شَرْطِهِ القبضُ، فصار كالمرتهن إذا أجاز بيعَ الراهن.

---

(١) أي الزيادة علىٰ الثلث. وفي نُسخ: تُجيزَه.

(٢) له قولان. الحاوي الكبير ٨/١٩٥.

ولا تجوزُ للقاتلِ عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً.

قال: (ولا تجوزُ[1] للقاتلِ عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصيةَ للقاتل»[2].

ولأنه استعجلَ ما أخَّره اللهُ تعالىٰ، فيُحرَمُ الوصيةَ كما يُحرَمُ الميراثَ.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: تجوزُ للقاتل.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أوصىٰ لرجلٍ، ثم إنه قَتَلَ الموصي: تبطُلُ الوصيةُ عندنا.

وعند الشافعي[4] رحمه الله: لا تبطل.

والحجةُ عليه في الفصلَيْن ما بيَّنَّاه.

ولو أجازَتْها الورثةُ: جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

---

(١) أي الوصية.

(٢) بلفظ: «ليس لقاتلٍ وصية»: سنن الدارقطني (٤٥٧١)، وقال: مبشر بن عبيد: متروك الحديث، يضع الحديث، المعجم الأوسط (٨٢٧١)، سنن البيهقي (١٢٦٥٢) وقال: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلىٰ وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته. اهـ، قال في التلخيص الحبير ٣/٩٢: إسناده ضعيف جداً، ومداره علىٰ مبشر بن عبيد، وقد اتهموه بوضع الحديث.اهـ

وقال في مجمع الزوائد ٤/٢١٤ (٧١٠٣): رواه الطبراني في الأوسط، وفيه بقية، وهو مدلس، وينظر إعلاء السنن ١٨/٣٠٩.

(٣) له قولان. الحاوي الكبير ٨/١٩١.

(٤) ينظر الحاوي ٨/١٩٢.

ولا تجوزُ لوارثه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز؛ لأن جنايتَه باقيةٌ، والامتناعُ كان لأجلها.

ولهما: أن الامتناعَ لحَقِّ الورثةِ؛ لأن نَفْعَ بُطْلانِها يعودُ إليهم، كنفع بطلانِ الميراث، ولأنهم لا يَرْضَوْنها للقاتل، كما لا يَرْضَوْنها لأحدِهم.

قال: (ولا تجوزُ لوارثه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالىٰ أعطىٰ كلَّ ذي حَقٍّ حَقَّه، ألا لا وصيةَ للوارث»[1].

ولأنه يتأذَّىٰ البعضُ بإيثار البعضِ، ففي تجويزِه: قطيعةُ الرَّحِم.

ولأنه حَيْفٌ[2]؛ بالحديث الذي رويناه[3].

ويُعتبرُ كونُه وارثاً أو غيرَ وارثٍ: وقتَ الموتِ، لا وقتَ الوصيةِ؛ لأنه تمليكٌ مضافٌ إلىٰ ما بعد الموت، وحُكْمُه يثبتُ بعدَ الموت.

والهبةُ من المريض للوارث في هذا: نظيرُ الوصية؛ لأنها وصيةٌ حُكماً، حتىٰ تُنفَّذُ من الثلث.

وإقرارُ المريض للوارث: علىٰ عكسِه؛ لأنه تصرُّفٌ في الحالِ، فيُعتبرُ ذلك وقتَ الإقرار.

---

(١) سنن أبي داود (٢٨٧٠)، سنن الترمذي (٢١٢٠)، وقال: حديث حسن صحيح، وقال في الدراية ٢/٢٩٠: إسناده قوي، وينظر التعريف والإخبار ٤/١٥٥.

(٢) وفي نُسخ: جَنَفٌ.

(٣) قبل قليل.

إلا أنْ تُجيزَها الورثةُ.

ويجوزُ أن يوصِيَ المسلمُ للكافر، والكافرُ للمسلم.

وفي «الجامع الصغير»: الوصيةُ لأهل الحربِ باطلةٌ.

وقَبولُ الوصيةِ: بعدَ الموت، فإن قَبِلَها الموصَىٰ له في حالِ......

قال: (إلا أنْ تُجيزَها الورثةُ)، ويُروىٰ هذا الاستثناء فيما رويناه[1].

ولأن الامتناعَ لِحقِّهم، فتجوزُ بإجازتهم.

ولو أجاز بعضٌ، وردَّ بعضٌ: تجوزُ علىٰ المجيز بقَدْرِ حصته؛ لولايته عليه، وبَطَلَ في حَقِّ الرادِّ.

قال: (ويجوزُ أن يوصِيَ المسلمُ للكافر، والكافرُ للمسلم).

فالأوَّل: لقوله تعالىٰ: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾. الآية. الممتحنة/٨.

والثاني: لأنهم بعقد الذمة: ساوَوُا المسلمينَ في المعاملات، ولهذا جاز التبرُّعُ من الجانبَيْن في حالةِ الحياة، فكذلك بعد الممات.

(وفي «الجامع الصغير[2]»: الوصيةُ لأهل الحربِ باطلةٌ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾. الآية. الممتحنة/٩.

قال: (وقَبولُ الوصيةِ: بعدَ الموت، فإن قَبِلَها الموصَىٰ له في حالِ

---

(١) في حديث: «ألا لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة»: في سنن الدارقطني (٤١٥٠)، قال في الدراية ٢/٢٩٠: رجاله لا بأس بهم.

(٢) ص٢٥٧.

حياته، أو ردَّها: فذلك باطلٌ.

ويُستحبُّ أنْ يوصِيَ الإنسانُ بدون الثلُثِ.

حياته[١]، أو ردَّها: فذلك باطلٌ)؛ لأنَّ أوانَ ثبوتِ حُكْمِه بعد الموتِ؛ لتعلُّقه به، فلا يُعتبرُ قبلَه، كما لا يُعتبرُ قبلَ العقد.

قال: (ويُستحبُّ أنْ يوصِيَ الإنسانُ بدون الثلُثِ)، سواءٌ كانتِ الورثةُ أغنياءَ أو فقراءَ؛ لأن في التنقيصِ[٢]: صلةَ القريبِ[٣]؛ بتَرْك ما[٤] لَه عليهم.

بخلاف استكمالِ الثلُثِ؛ لأنه استيفاءُ تَمَامِ حقِّه، فلا صلةَ، ولا مِنَّةَ[٥].

ثم الوصيةُ بأقلَّ من الثلُث أَوْلىٰ، أم تَرْكُها؟

قالوا: إن كانتِ الورثةُ فقراءَ، ولا يستغنون بما يَرِثونَ: فالتَّرْكُ أَوْلىٰ؛ لِمَا فيه من الصدقةِ علىٰ القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «أفضلُ الصدقةِ: علىٰ ذِي الرَّحِمِ الكاشِحِ[٦]»[٧].

---

(١) وفي نُسخ: حال الحياة.

(٢) عن الثلث.

(٣) أي أقارب الورثة.

(٤) ما: اسم موصول.

(٥) أي إذا استوفىٰ الموصي تمامَ حقِّه الذي هو الثلث: لا يبقىٰ له مِنَّةٌ علىٰ ورثته، ولا إيثار بالصلة. البناية ١٦/٢٧٣.

(٦) الذي يُخفي عداوتَه في كَشْحه، والكَشْح: هو ما بين الخاصرة إلىٰ الضِّلَع، أي يخفيها في نفسِه، وإنما الصدقةُ عليه أفضل: لِمَا فيه من مخالفةِ النَّفْس وقَهْرِها، ولا كذلك في ذي الرحم الصديق. البناية ١٦/٢٧٣.

(٧) المستدرك للحاكم (١٤٧٥)، مسند أحمد (٢٣٥٣٠)، قال ابن طاهر:=

والموصَىٰ به : يُملَكُ بالقَبول .

ولأنَّ فيه رعايةَ حقِّ الفقراءِ والقرابة جميعاً.

وإن كانوا أغنياءَ، أو يَستغنون بنصيبهم: فالوصيةُ أَوْلىٰ؛ لأنه تكونُ صدقةً علىٰ الأجنبي، والتركُ: هبةٌ من القريب.

والأُولىٰ[(١)]: أَوْلىٰ؛ لأنه يُبْتغَىٰ بها وجهُ الله تعالىٰ.

وقيل: في هذا الوجه[(٢)]: يُخيَّرُ؛ لاشتمال كلٍّ واحدٍ منهما علىٰ فضيلةٍ، وهو الصدقةُ أو الصلةُ، فيتخيَّرُ بين الخَيْرَيْن.

قال: (والموصَىٰ به: يُملَكُ بالقَبول).

خلافاً لزفر رحمه الله، وهو أحدُ قولَيِ الشافعي[(٣)] رحمه الله.

هو[(٤)] يقولُ: إن الوصيةَ أختُ الميراثِ، إذْ كلٌّ منهما خلافةٌ[(٥)]؛ لِمَا أنه انتقالٌ[(٦)]، ثم الإرثُ يثبتُ من غير قَبول، فكذا الوصية.

ولنا: أن الوصيةَ إثباتُ ملكٍ جديدٍ، ولهذا لا يَرُدُّ الموصَىٰ له بالعيب،

إسناده صحيح، كما في التعريف والإخبار ٤/١٥٩، والدراية ٢/٢٩٠.

(١) أي الوصية، وهي الصدقة علىٰ الأجنبي

(٢) وهو ما إذا كانت الورثة أغنياءَ، أو يستغنون بنصيبهم.

(٣) والمعتمد يملك مطلقاً. البيان للعمراني ٣/٣٧٠، نهاية المحتاج ٣/٢٤٣.

(٤) أي الإمام زفر. البناية ١٦/٢٧٥.

(٥) أي بعد الموت.

(٦) أي أن كل واحد من الإرث والوصية انتقالٌ للملك.

إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي: أن يموتَ الموصِي، ثم يموتَ الموصَىٰ له قبلَ القَبولِ، فيَدخلُ الموصَىٰ به في ملكِ ورثته.

ولا يُرَدُّ عليه بالعيب، ولا يَملِكُ أحدٌ إثباتَ الملك لغيره إلا بقبوله.

أما الورَاثةُ: فخلافةٌ، حتىٰ تثبتُ فيها هذه الأحكامُ، فيثبتُ جَبْراً من الشرع من غير قَبول.

قال: (إلا في مسألةٍ واحدةٍ[١]، وهي: أن يموتَ الموصِي، ثم يموتَ الموصَىٰ له قبلَ القَبولِ، فيَدخلُ الموصَىٰ به في ملكِ ورثته[٢])؛ استحساناً.

والقياسُ: أن تبطلَ الوصيةُ؛ لِمَا بيَّنَّا أن الملكَ موقوفٌ علىٰ القبول، فصار كموت المشتري قبلَ قبوله بعد إيجابِ البائع[٣].

وَجْهُ الاستحسان: أن الوصيةَ من جانب الموصي قد تمَّتْ بموته تماماً لا يَلحقُه الفسخُ من جهته، وإنما توقَّفتْ لِحَقِّ الموصَىٰ له، فإذا مات[٤]: دَخَلَ في ملكِه[٥]، كما في البيع المشروط فيه الخيارُ للمشتري إذا مات قبلَ الإجازة[٦].

---

(١) يعني القبولُ في هذه المسألة الواحدة ليس بشرط، كما قالا. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) أي ورثة الموصَىٰ له، فيملك الموصىٰ له بدون القبول. من حواشي النُّسَخ.

(٣) فيرجع الموصَىٰ به إلىٰ ورثة الموصي.

(٤) أي الموصىٰ له.

(٥) أي الموصَىٰ له.

(٦) أي يدخل المبيع في ملك ورثة المشتري.

ومَن أوصىٰ وعليه دَيْنٌ يُحيطُ بمالِه : لم تَجُزِ الوصيةُ، إلا أن يُبرِئه الغرماءُ.

ولا تصحُّ وصيةُ الصبيِّ.

قال: (ومَن أوصىٰ وعليه دَيْنٌ يُحيطُ بمالِه: لم تَجُزِ الوصيةُ)؛ لأن الدَّيْنَ مقدَّمٌ علىٰ الوصية؛ لأنه أهمُّ الحاجتَيْن، فإنه فرضٌ، والوصيةُ تبرُّعٌ، وأبداً يُبدَأُ بالأهمِّ، فالأهم.

(إلا أن يُبرِئه الغرماءُ[1])؛ لأنه لم يبقَ الدَّيْنُ، فتُنفَّذُ الوصيةُ علىٰ الحدِّ المشروع[2]؛ لحاجته إليها.

قال: (ولا تصحُّ وصيةُ الصبيِّ).

وقال الشافعيُّ[3] رحمه الله: تصحُّ إذا كان في وجوه الخير؛ لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصيةَ يَفَاعٍ[4] ـ أو يافِعٍ[5] ـ وهو الذي راهَقَ الحُلُمَ.

ولأنه نَظَرٌ له؛ بصَرْفِه إلىٰ نفسِه في نَيْل الزُّلْفَىٰ[6]، ولو لم تُنَفَّذْ: يبقىٰ علىٰ غيرِه[7].

---

(١) أي من الدين.

(٢) أي بقدر الثلث.

(٣) له قولان، وقد اختلف في التصحيح. نهاية المطلب ٢٩٨/١١، روضة الطالبين ٩٧/٦.

(٤) أي أجاز وصية غلامٍ قارَبَ الحُلُمَ.

(٥) موطأ مالك ٧٦٢/٢، الدراية ٢٩١/٢، ويافع، ويفاع: بمعنىً واحد.

(٦) أي القُرْب إلىٰ الله تعالىٰ.

(٧) أي يبقىٰ مالُه علىٰ غيرِ الصبي، ولو نُفِّذَت وصيتُه: يبقىٰ مالُه علىٰ نفسه، حيث يكون له الثواب بالوصية بمالِه، فكانت الوصيةُ أَوْلىٰ.

. . . .

ولنا: أنه تبرُّعٌ، والصبيُّ ليس من أهل التبرُّع.

ولأنَّ قولَه غيرُ مُلزِمٍ، وفي تصحيحِ وصيتِه: قولٌ بإلزام قولِه.

والأثرُ[١]: محمولٌ علىٰ أنه كان قريبَ العهدِ بالحُلُم مجازاً[٢]، أو كانت وصيتُه في تجهيزِه وأَمْرِ دَفْنِه، وذلك جائزٌ عندنا، وهو يُحرِزُ الثوابَ بالتركِ علىٰ ورثته، كما بيَّنَّاه.

والمعتبرُ في النفعِ والضرر: النظرُ إلىٰ أوضاع التصرفات، لا إلىٰ ما يَتَّفِقُ بحُكم اتفاقِ الحال.

قال الشيخ رحمه الله: اعتبِرْهُ[٣] بالطلاق، فإنه[٤] لا يَملكُه ولا وصيُّه وإن كان يتفِقُ نافعاً في بعض الأحوال.

وكذا[٥] إذا أوصىٰ، ثم مات بعد الإدراك: لعدم الأهليةِ وقتَ المباشرة.

وكذا إذا قال: إذا أدركتُ فثُلُثُ مالي[٦] لفلانٍ وصيةً؛ لقصورِ أهليتِه، فلا يملكُه تنجيزاً وتعليقاً، كما في الطلاق والعَتاق.

---

(١) أي قول عمر رضي الله عنه.

(٢) أي يكون بالغاً بطريق المجاز. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) بكسر الباء، كما في النُّسخ الخطية، أي يقيس المصنِّف رحمه الله الوصيةَ بالطلاق، فقد أورد المصنِّف هذا كمثالٍ علىٰ ما ذَكَر.

(٤) أي الصبي.

(٥) أي لا تصح الوصية.

(٦) وفي نُسخ: فثلُثِي لفلانٍ وصيةً.

والمكاتَبِ وإن تَرَكَ وفاءً.

وتجوزُ الوصيةُ للحَمْلِ، وبالحَمْلِ إذا وُضِعَ لأقلَّ من ستة أشهرٍ من وقتِ الوصية.

بخلاف العبدِ والمكاتَبِ؛ لأن أهليَّتَهما مستتِمَّةٌ[١]، والمانعُ حَقُّ المولىٰ، فتصحُّ إضافتُه إلىٰ حالِ سقوطه.

قال: (و) لا تصحُّ وصيةُ (المكاتَبِ وإن تَرَكَ وفاءً)؛ لأنَّ مالَه لا يَقبلُ التبرُّعَ.

وقيل: علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله لا تصح.

وعندهما: تصحُّ؛ ردًّا لها[٢] إلىٰ مكاتَبٍ يقول: كلُّ مملوكٍ أملِكُه فيما أستقبلُ فهو حرٌّ، ثم عَتَقَ، فمَلَكَ.

والخلافُ فيها معروفٌ، عُرِفَ في موضعه[٣].

قال: (وتجوزُ الوصيةُ للحَمْلِ، وبالحَمْلِ إذا وُضِعَ لأقلَّ من ستة أشهرٍ من وقتِ الوصية).

أما الأولُ: فلأنَّ الوصيةَ استخلافٌ من وجهٍ؛ لأنه يجعلُه خليفةً في

---

(١) أي تامةٌ.

(٢) أي قياساً لها علىٰ مسألة كذا.

(٣) في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير ص٥٩، ونصَّ هناك في هذه المسألة أنه لم يعتق عند أبي حنيفة، وعَتَقَ عندهما. البناية ١٦/٢٨١.

بخلاف الهبة.

ومَن أوصىٰ بجاريةٍ إلا حَمْلَها : صحَّتِ الوصيةُ والاستثناءُ.

بعضِ مالِه، والجنينُ صَلُحَ خليفةً في الإرث، فكذا في الوصيةِ، إذ هي أختُه، إلا أنه يَرتدُّ بالردِّ؛ لِمَا فيه من معنىٰ التمليك.

قال: (بخلاف الهبة[1])؛ لأنها تمليكٌ مَحْضٌ، ولا ولايةَ لأحدٍ عليه ليُمَلِّكَه شيئاً[2].

وأما الثاني[3]: فلأنه بعَرْض[4] الوجود، إذِ الكلامُ فيما إذا عُلِمَ وجودُه وقتَ الوصية، وبابُها أوسعُ؛ لحاجة الميت وعَجْزِه، ولهذا تصحُّ في غير الموجودِ، كالثمرة، فلأنْ تصحَّ في الموجود أَوْلىٰ.

قال: (ومَن أوصىٰ بجاريةٍ إلا حَمْلَها: صحَّتِ الوصيةُ والاستثناءُ)؛ لأن اسمَ الجاريةِ لا يتناولُ الحَمْلَ لفظاً، ولكنه يُستَحَقُّ بالإطلاق تَبَعاً، فإذا أَفردَ الأمَّ بالوصية: صحَّ إفرادُها.

ولأنه يصحُّ إفرادُ الحَمْلِ بالوصية، فجاز استثناؤه منها.

وهذا هو الأصلُ: أنَّ ما يصحُّ إفرادُه بالعقد: يصحُّ استثناؤه منه، إذْ لا فَرْقَ بينهما.

---

(١) أي لا تصح الهبة للحَمْل.

(٢) إذِ الملكُ يحصلُ بالقبض.

(٣) أي جواز الوصية بالحمل.

(٤) أي بعَرْضية الوجود.

ويجوزُ للموصي الرجوعُ عن الوصيةِ.

وإذا صرَّحَ بالرجوعِ، أو فَعَلَ ما يدلُّ علىٰ الرجوعِ: كان رجوعاً.

وما لا يصحُّ إفرادُه بالعقد: لا يصحُّ استثناؤه منه، وقد مَرَّ في البيوع.

قال: (ويجوزُ للموصي الرجوعُ عن الوصيةِ)؛ لأنه تبرُّعٌ لم يتمَّ، فجاز الرجوعُ فيه[١]، كالهبة، وقد حقَّقْناه في كتاب الهبة.

ولأن القبولَ يتوقَّف علىٰ الموت، والإيجابُ يصحُّ إبطالُه قبلَ القبول، كما في البيع.

قال: (وإذا صرَّحَ بالرجوعِ، أو فَعَلَ ما يدلُّ علىٰ الرجوعِ: كان رجوعاً).

أما الصريحُ: فظاهرٌ.

وكذا الدلالةُ؛ لأنها تعملُ عَمَلَ الصريح، فقام مقامَ قوله: قد أبطلتُ، وصار كالبيع بشرط الخيار، فإنه يبطل الخيارُ فيه بالدلالة.

ثم كلُّ فعلٍ لو فَعَلَه الإنسانُ في مِلكِ الغيرِ: يَنقطع به حَقُّ المالك، فإذا فَعَلَه الموصي: كان رجوعاً، وقد عدَدْنا[٢] هذه الأفاعيلَ في كتاب الغصب.

وكلُّ فعلٍ يوجِبُ زيادةً في الموصَىٰ به، ولا يُمكنُ تسليمُ العَيْنِ إلا بها: فهو رجوعٌ إذا فَعَلَه، مثلُ السَّوِيْقِ يَلُتُّه بسَمْنٍ، والدارِ يَبني فيها الموصي، والقطنِ يحشو به، والبِطانةِ يُبَطِّنُ بها، والظِّهَارةِ يُظَهِّرُ بها[٣]؛ لأنه لا يُمكِنُ

---

(١) وفي نُسخ: عنه.

(٢) وضُبطت في نُسخ بتشديد الدال: عدَّدْنا.

(٣) أي يجعلها فوق البطانة.

ومَن جَحَدَ الوصيةَ : لم يكن رجوعاً.

تسليمُه بدون الزيادة، ولا يُمكنُ نَقْضُها؛ لأنه حَصَلَ في ملكِ الموصي من جهته.

بخلافِ تجصيصِ الدارِ الموصَىٰ بها، وهَدْمِ بنائها؛ لأنه تصرُّفٌ في التابعِ.

وكلُّ تصرُّفٍ أوجب زوالَ مِلْكِ الموصي: فهو رجوعٌ، كما إذا باع العينَ الموصَىٰ بها، ثم اشتراها، أو وَهَبَها[1]، ثم رجع فيها[2]؛ لأن الوصيةَ لا تُنفَّذُ إلا في ملكِه، فإذا أزالَه: كان رجوعاً.

وذَبْحُ الشاةِ الموصَىٰ بها: رجوعٌ؛ لأنه للصرف إلىٰ حاجتِه عادةً، فصار هذا المعنىٰ أصلاً أيضاً.

وغَسْلُ الثوبِ الموصَىٰ به: لا يكونُ رجوعاً؛ لأن مَن أراد أن يعطيَ ثوبَه غيرَه: يَغْسِلُه عادةً، فكان تقريراً.

قال: (ومَن جَحَدَ الوصيةَ: لم يكن[3] رجوعاً)، كذا ذَكَرَه محمد رحمه الله تعالىٰ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون رجوعاً؛ لأن الرجوعَ نفيٌ في الحال، والجحودُ نفيٌ في الماضي والحالِ، فأَوْلىٰ أن يكونَ رجوعاً.

---

(١) وفي نُسخ بالتذكير: ثم اشتراه أو وَهَبَه، ثم رجع فيه. قلت وتقديرها: أي رجع فيما وهبه. كما في البناية ١٦/٢٨٦.

(٢) أي في العين التي وهبها.

(٣) أي جحدُه.

ولو قال : كلُّ وصيةٍ أوصيتُ بها لفلانٍ، فهو حرامٌ أو رباً : لا يكون رجوعاً .

ولو قال : أخَّرتُها : لا يكون رجوعاً .

ولو قال : العبدُ الذي أوصيتُ به لفلانٍ، فهو لفلانٍ : كان رجوعاً .

ولمحمدٍ رحمه الله: أن الجحودَ نفيٌ في الماضي، والانتفاءُ في الحال ضرورةُ ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال: كان الجحودُ لَغْواً.

أو لأن الرجوعَ إثباتٌ في الماضي، ونفيٌ في الحال، والجحودُ نفيٌ في الماضي والحالِ، فلا يكون رجوعاً حقيقةً، ولهذا لا يكونُ جحودُ النكاح فُرْقَةً.

قال: (ولو قال: كلُّ وصيةٍ أوصيتُ بها لفلانٍ، فهو حرامٌ أو[1] رباً: لا يكون رجوعاً)؛ لأن الوصفَ يستدعي بقاءَ الأصلِ.

بخلاف ما إذا قال: فهي باطلةٌ؛ لأنه[2] الذاهبُ المتلاشي.

قال: (ولو قال: أخَّرتُها: لا يكون رجوعاً)؛ لأن التأخيرَ ليس للسقوط، كتأخير الدَّيْن.

بخلاف ما إذا قال: تَركْتُ؛ لأنه إسقاطٌ.

قال: (ولو قال: العبدُ الذي أوصيتُ به لفلانٍ، فهو لفلانٍ: كان رجوعاً)؛ لأن اللفظَ يدلُّ علىٰ قَطْعِ الشركةِ.

---

(١) وفي نُسخ: ورباً. بدل: أو رباً.

(٢) أي الباطل.

ولو كان فلانٌ الآخَرُ ميتاً حين أوصىٰ : فالوصيةُ الأُوْلىٰ علىٰ حالها.

ولو كان فلانٌ حين قال ذلك حياً، ثم مات قبلَ موتِ الموصي : فهي للورثة.

بخلافِ ما إذا أوصىٰ به لرجلٍ، ثم أوصىٰ به لآخَرَ؛ لأنَّ المَحَلَّ يَحتمِلُ الشركةَ، واللفظُ صالحٌ لها.

وكذا إذا قال: فهو لفلانٍ وارثِي: يكون رجوعاً عن الأول؛ لِمَا بيَّنَّا، ويكونُ وصيةً للوارث، وقد ذَكَرْنا حُكْمَه[1].

قال: (ولو كان فلانٌ الآخَرُ ميتاً حين أوصىٰ: فالوصيةُ الأُوْلىٰ علىٰ حالها)؛ لأن الوصيةَ الأُولىٰ إنما تبطلُ ضرورةَ كونِها للثاني، ولم يتحقَّقْ، فبقيَ للأول.

قال: (ولو كان فلانٌ حين قال ذلك حياً، ثم مات قبلَ موتِ الموصي: فهي للورثة)؛ لبطلان الوصيَّتَيْن: الأُولىٰ: بالرجوع، والثانيةُ: بالموت، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وهو أن يكون للوارث إذا أجازها بقية الورثة، وإن لم تُجز: يكون ميراثاً. البناية ١٦/٢٨٨.

باب
الوصية بثُلُثِ المال

ومَن أوصىٰ لرجلٍ بثُلُثِ مالِه، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِه، ولم تُجزِ الورثةُ: فالثلثُ بينهما نصفين.

وإن أوصىٰ لأحدِهما بالثلثِ، وللآخَرِ بالسدسِ: فالثلثُ بينهما أثلاثاً.

باب
الوصية بثُلُثِ المال

قال: (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بثُلُثِ مالِه، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِه، ولم تُجزِ الورثةُ: فالثلثُ بينهما نصفين)؛ لأنه يَضِيْقُ الثلثُ عن حَقِّهما، إذْ لا يُزادُ عليه عند عدمِ الإجازةِ، علىٰ ما تقدَّم، وقد تساويا في سببِ الاستحقاقِ، فيستويان في الاستحقاق، والمَحَلُّ يَقبَلُ الشركةَ، فيكونُ بينهما.

قال: (وإن أوصىٰ لأحدِهما بالثلثِ، وللآخَرِ بالسدسِ: فالثلثُ بينهما أثلاثاً)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُدْلي بسببٍ صحيحٍ، وضاق الثلثُ عن حَقِّهما، فيَقتسمانه علىٰ قَدْرِ حقِّهما، كما في أصحاب الديون، فيُجعلُ الأقلُّ: سهماً، والأكثرُ: سهمَيْن[1]، فصار ثلاثةَ أسهم: سهمٌ لصاحب الأقلِّ، وسهمان لصاحبِ الأكثر.

---

(١) قولُه: والأكثرُ سهمين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن أوصىٰ لأحدِهما بجميع مالِه، وللآخَرِ بثلُثِ مالِه، ولم تُجزِ الورثةُ: فالثلثُ بينهما علىٰ أربعةِ أسهمٍ عندهما.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الثلثُ بينهما نصفان، ولا يَضرِبُ أبو حنيفة رحمه الله للموصَىٰ له بما زاد علىٰ الثلث إلا في المحاباةِ، والسعايةِ، والدراهمِ المُرْسَلَة.

قال: (وإن أوصىٰ لأحدِهما بجميع مالِه، وللآخَرِ بثلُثِ مالِه، ولم تُجزِ الورثةُ: فالثلثُ بينهما علىٰ أربعةِ أسهمٍ عندهما.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الثلثُ بينهما نصفان، ولا يَضرِبُ أبو حنيفة رحمه الله للموصَىٰ له بما زاد علىٰ الثلث إلا في المحاباةِ، والسعايةِ، والدراهمِ المُرْسَلَة[١]).

لهما في الخلافية[٢]: أن الموصِي قَصَدَ شيئَيْن: الاستحقاقَ والتفضيلَ، وامتنع الاستحقاقُ لِحَقِّ الورثة، ولا مانعَ من التفضيل، فيثبتُ كما في المحاباة وأختَيْها.

وله: أن الوصيةَ وَقَعَتْ بغير المشروع عند عدمِ الإجازة من الورثة، إذْ لا نَفَاذَ لها بحالٍ، فتبطلُ[٣] أصلاً، والتفضيلُ يثبتُ في ضِمْنِ الاستحقاقِ،

---

(١) أي المطلَقة، وصورتُها: أن يوصيَ لرجلٍ بألفين، وللآخر بألف درهم، وثلثُ ماله: ألف درهمٍ، ولم تُجز الورثة: فإنه يكون بينهما أثلاثاً. البناية ١٦/٢٩١.

(٢) أي مسألة فيما إذا أوصىٰ لأحدهما بجميع ماله، ولآخر بثلثه.

(٣) أي فتبطل الوصية بالكلية. البناية ١٦/٢٩١.

وإذا أوصىٰ بنصيبِ ابنِه : فالوصيةُ باطلةٌ، ولو أوصىٰ بمثل نصيبِ ابنِه : جاز.

فبطل ببطلانه[١]، كالمحاباة الثابتةِ في ضِمْن البيع.

بخلاف مواضعِ الإجماع[٢]؛ لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة، بأن كان في المال سعةٌ، فتُعتبرُ في التفاضل؛ لكونه مشروعاً في الجملة، بخلاف ما نحن فيه.

وهذا بخلاف ما إذا أوصىٰ بعَيْنٍ مِن تَرِكَتِه، وقيمتُها تزيدُ علىٰ الثلث: فإنه يُضرَب بالثلث، وإن احتمل أنْ يزيدَ المالُ، فتَخرُجَ[٣] من الثلث؛ لأن هناك الحقَّ تعلَّق بعين التركة، بدليل أنه لو هَلَكَتْ واستفاد مالاً آخَرَ: تبطلُ الوصية.

وفي الألفِ المرسَلَةِ لو هلكت التركةُ: تُنفَّذُ[٤] فيما يُستفادُ، فلم يكن متعلِّقاً بعَيْن ما تعلَّق به حَقُّ الورثة.

قال: (وإذا أوصىٰ بنصيبِ ابنِه: فالوصيةُ باطلةٌ، ولو أوصىٰ بمثل نصيبِ ابنِه: جاز)؛ لأن الأولَ وصيةٌ بمال الغير؛ لأنَّ نصيبَ الابنِ ما يُصيبُه بعد الموت، والثاني وصيةٌ بمثل نصيبِ الابنِ، ومثلُ الشيءِ: غيرُه، وإن كان يتقدَّر به: فيجوز.

---

(١) أي يبطل الفضل ببطلان الاستحقاق.

(٢) يعني المحاباة وأختيها.

(٣) أي العين.

(٤) أي الوصية. وفي نُسخ: فيخرج.

ومَن أوصىٰ بسهمٍ من مالِه : فله أَخَسُّ سهامِ الورثةِ، إلا أنْ يَنقُصَ عن السدس : فيُتَمُّ له السدسُ، ولا يُزادُ عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : له مثلُ نصيبِ أحدِ الورثةِ، ولا يُزادُ علىٰ الثلث، إلا أن تُجيزَه الورثةُ .

وقال زفر رحمه الله: يجوزُ في الأولِ أيضاً، نَظَراً[1] إلىٰ الحال، والكلُّ مالُه فيه.

وجوابُه: ما قلناه.

قال: (ومَن أوصىٰ بسهمٍ من مالِه: فله أَخَسُّ سهامِ الورثةِ، إلا أنْ يَنقُصَ عن السدس: فيُتَمُّ له السدسُ، ولا يُزادُ عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: له مثلُ نصيبِ أحدِ الورثةِ، ولا يُزادُ علىٰ الثلث، إلا أن تُجيزَه الورثةُ)؛ لأن السهمَ يُرادُ به أحدُ سهامِ الورثة عُرفاً، لا سيَّما في الوصية، والأقلُّ متيقَّنٌ به، فيُصرَفُ إليه، إلا إذا زاد علىٰ الثلث: فيُرَدُّ إليه؛ لأنه لا مزيدَ عليه عند عدمِ إجازةِ الورثة.

وله: أن السهمَ هو السدسُ، هو المَرْويُّ عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه، وقد رَفَعَه إلىٰ النبي عليه الصلاة والسلام فيما يُروىٰ[2].

---

(١) وفي نُسخ: فنَظَرَ. قلت: أي الإمام زفر، وفي نُسخ: فنُظِر.

(٢) مسند البزار (٢٠٤٧)، المعجم الأوسط (٨٣٣٨)، وفيه: العزرمي، وهو متروك، وروي موقوفاً علىٰ ابن مسعود عند ابن أبي شيبة (٣٠٨٠١)، وينظر الدراية ٢٩١/٢، والتعريف والإخبار ١٦٤/٤.

ولو أوصىٰ بجزءٍ من مالِه : قيل للورثة : أَعطُوه ما شئتم .

ومَن قال : سُدُسُ مالي لفلانٍ، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلسٍ آخَرَ : له ثُلُثُ مالي، وأجازتِ الورثةُ : فله ثلثُ المالِ، ويدخلُ السدسُ فيه .

ولأنه يُذكَرُ ويُرادُ به السدسُ، فإن إيَاساً[1] رحمه الله قال: السهمُ في اللغة: عبارةٌ عن السدس، ويُذكَرُ ويُرادُ به سهمٌ من سهامِ الورثة، فيُعطىٰ ما ذكرنا.

قالوا[2]: هذا كان في عُرْفِهم[3]، وفي عُرْفِنا: السهمُ كالجزء.

قال: (ولو أوصىٰ بجزءٍ من مالِه: قيل للورثة: أَعطُوه ما شئتم)؛ لأنه مجهولٌ، يتناولُ القليلَ والكثيرَ، غيرَ أن الجهالةَ لا تمنعُ صحةَ الوصيةِ، والورثةُ قائمون مقامَ الموصِي، فإليهمُ البيانُ.

قال: (ومَن قال: سُدُسُ مالي لفلانٍ، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلسٍ آخَرَ: له ثُلُثُ مالي، وأجازتِ الورثةُ: فله ثلثُ المالِ، ويدخلُ السدسُ فيه.

---

(١) إياس بن معاوية بن قُرَّة القاضي بالبصرة، من كبار التابعين، ولاَّه عمر بن عبد العزيز، توفي سنة ١٢٢هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ١٥٥/٥، وينظر أثره في المصنف لابن أبي شيبة (٣٠٨٠٠).

(٢) أي مشايخ الحنفية في شروح الجامع الصغير.

(٣) أي أهل الكوفة. السقاية لعطشان الهداية ٦٦٣/٢.

ومَن قال: سُدُسُ مالي لفلانٍ، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيرِه: سُدُسُ مالي لفلانٍ: فله سدسٌ واحدٌ.

ومَن أوصىٰ بثُلُثِ دراهِمِه، أو بثُلُثِ غنَمِه، فهَلَكَ ثُلُثَا ذلك، وبقِيَ ثُلُثُه، وهو يَخرَجُ من ثُلُثِ ما بقِيَ من مالِه: فله جميعُ ما بقِيَ.

ومَن قال: سُدُسُ مالي لفلانٍ، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيرِه: سُدُسُ مالي لفلانٍ: فله سدسٌ واحدٌ)؛ لأن السدسَ ذُكِرَ معرَّفاً بالإضافة إلىٰ المال، والمَعرِفةُ متىٰ أُعيدت: يُرادُ بالثاني عَيْنُ الأول، هو المعهودُ في اللغة.

قال: (ومَن أوصىٰ بثُلُثِ دراهِمِه، أو بثُلُثِ غنَمِه، فهَلَكَ ثُلُثَا ذلك، وبقِيَ ثُلُثُه، وهو يَخرَجُ من ثُلُثِ ما بقِيَ من مالِه: فله جميعُ ما بقِيَ).

وقال زفر رحمه الله: له ثلثُ ما بقِيَ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مشترَكٌ بينهم[1]، والمالُ المشترَكُ يَتْوَىٰ ما تَوِيَ منه علىٰ الشركة، ويبقىٰ ما بقيَ عليها، وصار كما إذا كانتِ التركةُ أجناساً مختلِفةً.

ولنا: أنَّ في الجنسِ الواحدِ يُمكِنُ جَمْعُ حَقِّ أحدِهم في الواحد، ولهذا يجري فيه الجَبْرُ علىٰ القسمة، وفيه جَمْعٌ، والوصيةُ مقدَّمةٌ، فجمعناها في الواحدِ الباقي، وصارتِ الدراهمُ كالدرهم.

بخلاف الأجناس المختلفة؛ لأنه لا يُمكنُ الجمعُ فيها جَبْراً، فكذا تقديماً.

---

(١) وفي نُسخ: بينهما. وكُتب في حاشية نسخة ٧٣٨هـ بياناً: أي بين الورثة والموصَىٰ له.

ولو أوصىٰ بثُلُثِ ثيابه، فهَلَكَ ثُلُثَاها، وبقِيَ ثلثُها، وهو يَخرجُ من ثُلُثِ ما بقِيَ من مالِه : لم يَستَحِقَّ إلا ثُلُثَ ما بقيَ من الثياب.

قالوا : هذا إذا كانتِ الثيابُ من أجناسٍ مختلِفةٍ.

ولو أوصىٰ بثُلُثِ ثلاثةٍ من رقيقِه، فمات اثنان، وبقيَ واحدٌ : لم يكن له إلا ثلثُ الباقي، وكذلك الدُّوْرُ المختلفة .

قال: (ولو أوصىٰ بثُلُثِ ثيابه، فهَلَكَ ثُلُثَاها، وبقِيَ ثلثُها، وهو يَخرجُ من ثُلُثِ ما بقِيَ من مالِه: لم يَستَحِقَّ إلا ثُلُثَ ما بقيَ من الثياب.

قالوا[1]: هذا إذا كانتِ الثيابُ من أجناسٍ مختلِفةٍ).

ولو كانت من جنسٍ واحدٍ: فهو بمنزلة الدراهم.

وكذلك المكيلُ والموزونُ: بمنزلتِها؛ لأنه يجري فيه الجمعُ جَبْراً بالقسمة.

قال: (ولو أوصىٰ بثُلُثِ ثلاثةٍ من رقيقِه، فمات اثنان، وبقيَ واحدٌ: لم يكن له إلا ثلثُ الباقي.

وكذلك الدُّوْرُ المختلفة).

وقيل: هذا علىٰ قولِ أبي حنيفة رحمه الله وحدَه؛ لأنه لا يَرىٰ الجَبْرَ علىٰ القسمة فيها.

وقيل: هو قولُ الكلِّ؛ لأن عندَهما للقاضي أن يَجتهدَ، ويَجمعَ، وبدون ذلك يتعذَّرُ الجمعُ.

والأولُ أشبهُ للفقه المذكور.

---

(١) أي المشايخ رحمهم الله.

ومَن أوصىٰ لرَجُلٍ بألفِ درهمٍ، وله مالٌ، عَيْنٌ ودَيْنٌ: فإن خَرَجَ الألفُ من ثُلُثِ العَيْن: دُفِعَ إلىٰ الموصَىٰ له.

وإن لم يَخرجْ: دُفِعَ إليه ثُلُثُ العَيْن، وكلَّما خَرَجَ شيءٌ من الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَه حتىٰ يَستوفِيَ الألفَ.

ومَن أوصىٰ لزيدٍ وعَمْرٍو بثُلُثِ مالِه، فإذا عَمرٌو ميتٌ: فالثُلُثُ كلُّه لزيدٍ.

قال: (ومَن أوصىٰ لرَجُلٍ بألفِ درهمٍ، وله مالٌ، عَيْنٌ ودَيْنٌ: فإن خَرَجَ الألفُ من ثُلُثِ العَيْن: دُفِعَ[1] إلىٰ الموصَىٰ له)؛ لأنه أمكنَ إيفاءُ كلِّ ذي حَقٍّ حَقَّه من غير بَخْسٍ، فيُصار إليه.

قال: (وإن لم يَخرجْ: دُفِعَ إليه ثُلُثُ العَيْن، وكلَّما خَرَجَ شيءٌ من الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَه حتىٰ يَستوفِيَ الألفَ[2])؛ لأن الموصىٰ له شريكُ الوارث، وفي تخصيصِه بالعَيْن: بَخْسٌ في حَقِّ الورثة؛ لأن للعين فضلاً علىٰ الدَّيْن.

ولأن الدَّيْنَ ليس بمالٍ في مُطلَقِ الحال، وإنما يصيرُ مالاً عند الاستيفاء، فإنما يَعتدلُ النظر بما ذكرناه.

قال: (ومَن أوصىٰ لزيدٍ وعَمْرٍو بثُلُثِ مالِه، فإذا عَمرٌو ميتٌ: فالثُلُثُ كلُّه لزيدٍ)؛ لأنَّ الميتَ ليس بأهلٍ للوصية، فلا يُزاحِمُ الحيَّ الذي هو من أهلها، كما إذا أوصىٰ لزيدٍ وجدارٍ.

---

(١) وفي نُسخ: دَفَعَ.

(٢) وفي نُسخ بالمجهول: أُخِذ ثلثُه حتىٰ يُستوفَىٰ الألفُ.

وإن قال: ثُلُثُ مالي بين زيدٍ وعَمْرٍو، وزيدٌ ميتٌ: كان لعَمْرٍو نصفُ الثلث.

ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه، ولا مالَ له، واكتسب مالاً: استَحَقَّ الموصَىٰ له ثلثَ ما يَملِكُه عند الموت.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا لم يَعلَمْ بموتِه: فله نصفُ الثلث، لأن الوصيةَ عنده صحيحةٌ لعَمرٍو، فلم يَرْضَ للحيِّ إلا نصفَ الثلث.

بخلاف ما إذا عَلِمَ بموته: لأن الوصيةَ للميت[1] لَغْوٌ، فكان راضياً بكلِّ الثلثِ للحيِّ.

قال: (وإن قال: ثُلُثُ مالي بين زيدٍ وعَمْرٍو، وزيدٌ ميتٌ: كان لعَمْرٍو نصفُ الثلث)؛ لأن قضيةَ هذا اللفظ أن يكونَ لكلِّ واحدٍ منهما نصفُ الثلثِ، بخلاف ما تقدَّم.

ألا ترىٰ أنَّ مَن قال: ثلثُ مالي لفلانٍ، وسكَتَ: كان له كلُّ الثلثِ، ولو قال: ثلثُ مالي بين فلانٍ، وسكَتَ: لم يستحقَّ الثلثَ.

قال: (ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه، ولا مالَ له، واكتسب مالاً: استَحَقَّ الموصَىٰ له ثلثَ ما يَملِكُه عند الموت)؛ لأن الوصيةَ عقدُ استخلافٍ مُضافٌ إلىٰ ما بعد الموت، ويثبتُ حُكْمُه بعده، فيُشترَطُ وجودُ المالِ عند الموت، لا قبلَه.

---

(١) وفي نُسخ: لعَمرٍو.

وكذا إذا كان له مالٌ، فهَلَكَ، ثم اكتسب مالاً.

ولو أوصىٰ له بثُلُثِ غنَمِه، فهَلَكَ الغَنَمُ قبلَ موتِه، أو لم يكن له غَنَمٌ في الأصل: فالوصيةُ باطلةٌ.

وإن لم يكن له غَنَمٌ، فاستفاده، ثم مات: فالصحيحُ أن الوصيةَ تصحّ.

ولو قال: له شاةٌ من مالي، وليس له غَنَمٌ: يُعطَىٰ قيمةَ شاةٍ.

قال: (وكذا إذا كان له مالٌ، فهَلَكَ، ثم اكتسب مالاً)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو أوصىٰ له بثُلُثِ غنَمِه، فهَلَكَ الغَنَمُ قبلَ موتِه، أو لم يكن له غَنَمٌ في الأصل: فالوصيةُ باطلةٌ).

لِمَا ذكرنا أنه إيجابٌ بعد الموت، فيُعتبَرُ قيامُه[1] حينئذٍ، وهذه الوصيةُ تعلَّقتْ بالعين، فتبطل بفَوَاتها عند الموت.

قال: (وإن لم يكن له غَنَمٌ، فاستفاده، ثم مات: فالصحيحُ أن الوصيةَ تصحُّ)؛ لأن الوصيةَ لو كانت بلفظ المالِ: تصحُّ، فكذا إذا كانت باسم نوعِه، وهذا لأن وجودَه قبلَ الموتِ فَضْلٌ، والمعتبرُ قيامُه عند الموت.

قال: (ولو قال: له شاةٌ من مالي، وليس له غَنَمٌ: يُعطَىٰ قيمةَ شاةٍ)؛ لأنه لَمَّا أضافه إلىٰ المال: عَلِمْنا أن مرادَه الوصيةَ بماليَّة الشاة، إذْ ماليَّتُها تُوجَدُ في مُطلَق المال.

---

(١) أي قيام ما أوصىٰ به.

ولو أوصىٰ بشاةٍ، ولم يُضِفْه إلىٰ مالِه، ولا غَنَمَ له : قيل : لا تصح .

ولو قال : شاةٌ من غَنَمِي، ولا غَنَمَ له : فالوصيةُ باطلةٌ .

ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه لأُمَّهات أولادِه، وهنَّ ثلاثٌ، وللفقراء والمساكينِ : فلهنَّ ثلاثةُ أسهمٍ من خمسةِ أسهمٍ، وللفقراء سهمٌ، وللمساكين سهمٌ .

قال: (ولو أوصىٰ بشاةٍ، ولم يُضِفْه[1] إلىٰ مالِه، ولا غَنَمَ له: قيل: لا تصح)؛ لأن المصحِّحَ إضافتُه إلىٰ المال، وبدونها: تُعتبرُ صورةُ الشاةِ ومعناها.

وقيل: تصحُّ؛ لأنه لَمَّا ذَكَرَ الشاةَ، وليس في مِلْكِه شاةٌ: عُلِمَ أن مرادَه الماليةَ.

قال: (ولو قال: شاةٌ من غَنَمِي، ولا غَنَمَ له: فالوصيةُ باطلةٌ)؛ لأنه لَمَّا أضافه إلىٰ الغَنَمِ: عَلِمْنا أنَّ مرادَه عَيْنُ الشاة، حيث جَعَلَها جزءاً من الغَنَم، بخلاف ما إذا أضافه إلىٰ المال.

وعلىٰ هذا يُخرَّجُ كثيرٌ من المسائل.

قال: (ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه لأُمَّهات أولادِه، وهنَّ ثلاثٌ، وللفقراء والمساكينِ: فلهنَّ ثلاثةُ أسهمٍ من خمسةِ أسهمٍ، وللفقراء سهمٌ، وللمساكين سهمٌ[2]).

---

(١) أي بأن لم يقل: من مالي.

(٢) قوله: وللفقراء سهمٌ، وللمساكين سهمٌ: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٧١٩.

. . . .

قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعن محمد رحمه الله: أنه يُقسَمُ علىٰ سبعةِ أسهمٍ، لهنَّ ثلاثةٌ، ولكلِّ فريقٍ[١] سهمان.

وأصلُه: أن الوصيةَ لأمهات الأولاد جائزةٌ، والفقراءُ والمساكينُ جنسان، وفسَّرناهما في الزكاةِ.

لمحمدٍ رحمه الله: أن المذكورَ لفظُ الجَمْعِ، وأدْناه في الميراث اثنان، نجد[٢] ذلك في القرآن[٣]، فكان من كلِّ فريقٍ اثنان، وأُمَّهاتُ الأولاد ثلاثٌ، فلهذا يُقسَمُ علىٰ سبعةٍ.

ولهما: أن الجمعَ المُحَلَّىٰ بالألف واللام يُرادُ به الجنسُ، وأنه يتناولُ الأدنىٰ مع احتمال الكلِّ، لا سيما عند تعذُّرِ صَرْفِهِ إلىٰ الكلِّ، فيُعتبرُ من كلِّ فريقٍ: واحدٌ، والثلاثةُ للثلاث[٤]، فبلغ الحسابُ خمسةً.

---

(١) من الفقراء والمساكين.

(٢) وفي نُسخ: تجد. بالتاء.

(٣) كما في قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾. النساء/١١، فإن المرادَ من: إخوة: اثنان فصاعداً؛ لأنه يحجب الاثنان منهم فصاعداً الأمَّ من الثلث إلىٰ السدس، فعُلم أن الاثنين لهما حكم الجمع. البناية ١٦/٣٠٤.

(٤) أي لأمهات الأولاد.

ولو أوصىٰ بثُلُثِه لفلانٍ وللمساكينِ : فنصفُه لفلانٍ، ونصفُه للمساكينِ عندهما، وعند محمدٍ رحمه الله : ثُلُثُه لفلانٍ، وثلثاه للمساكين .

ومَن أوصىٰ لرجلٍ بمائةِ درهمٍ، ولآخَرَ بمائةٍ، ثم قال لآخَرَ : قد أشركتُكَ معهما : فله ثُلُثُ كلِّ مائة .

بخلاف ما إذا أوصىٰ لرجلٍ بأربعمائةِ درهمٍ، ولآخَرَ بمائتين، ثم قال لآخَرَ : قد أشركتُكَ معهما : فله نصفُ ما أوصىٰ به لكلِّ واحدٍ منهما .

قال: (ولو أوصىٰ بثُلُثِه لفلانٍ وللمساكينِ: فنصفُه لفلانٍ، ونصفُه للمساكينِ عندهما، وعند محمدٍ رحمه الله: ثُلُثُه لفلانٍ، وثلثاه للمساكين).

ولو أوصىٰ للمساكين: له أن يَصرِفَه إلىٰ مسكينٍ واحدٍ عندهما.

وعنده: لا يُصرَفُ إلا إلىٰ مسكينَيْن؛ بناءً علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بمائةِ درهمٍ، ولآخَرَ بمائةٍ، ثم قال لآخَرَ: قد أشركتُكَ معهما: فله ثُلُثُ كلِّ مائة).

لأن الشركةَ للمساواة لغةً، وقد أمكن إثباتُه بين الكلِّ بما قلناه؛ لاتحاد المال؛ لأنه يُصيبُ كلَّ واحدٍ منهم ثُلُثا مائةٍ.

قال: (بخلاف ما إذا أوصىٰ لرجلٍ بأربعمائةِ درهمٍ، ولآخَرَ بمائتين، ثم قال لآخَرَ: قد أشركتُكَ معهما: فله نصفُ ما أوصىٰ به لكلِّ واحدٍ منهما[1]).

---

(١) وفي نُسخ أخرىٰ هكذا: ولآخَر بمائتين، ثم كان الإشراك (الاشتراك)؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة... إلىٰ آخره. قلت: وواضحٌ ما فيها من سقط.

ومَن قال : لفلانٍ عليَّ دَيْنٌ، فصدِّقوه : فإنه يُصدَّقُ إلىٰ الثلث .

لأنه لا يُمكنُ تحقيقُ المساواةِ بين الكلِّ؛ لتفاوت المالَيْن، فحَمَلْناه علىٰ مساواته كلَّ واحدٍ بتنصيف نصيبِه؛ عملاً باللفظ بقَدْر الإمكان.

قال: (ومَن قال: لفلانٍ عليَّ دَيْنٌ، فصدِّقوه)، معناه: قال ذلك لورثته: (فإنه يُصدَّقُ إلىٰ الثلث)، وهذا استحسانٌ.

وفي القياس: لا يُصدَّقُ؛ لأن الإقرارَ بالمجهول وإن كان صحيحاً، لكنه لا يُحكَمُ به إلا بالبيان.

وقولُه: فصدِّقوه: صَدَرَ مخالِفاً للشرع؛ لأن المدَّعي لا يُصدَّقُ إلا بحجةٍ، فتعذَّر إثباتُه إقراراً مطلقاً، فلا يُعتبر.

وَجْهُ الاستحسان: أنَّا نعلمُ أنَّ مِن قَصْدِه تقديمَه[1] علىٰ الورثة، وقد أَمكن تنفيذُ قَصْدِه بطريق الوصية[2].

وقد يَحتاجُ إليه[3] مَن يَعلمُ بأصل الحقِّ عليه، دون مقداره؛ سعياً منه[4] في تفريغ ذمته، فنَجْعَلُها[5] وصيةً، وجُعِلَ[6] التقديرُ فيها إلىٰ الموصَىٰ له.

---

(١) أي من قَصْد المقِرِّ تقديمَ المقَرِّ له بالدين علىٰ الورثة.

(٢) فتُنفَّذ.

(٣) هذا جوابٌ عما يُقال: لو كان قصدُه الوصيةَ: لصرَّح بها، وتقريرُ الجواب: بأن يُقال: قد يَحتاج إلىٰ مثل هذا الكلام مَن يَعلَمُ بأصل الحقِّ عليه، دون مقداره. البناية ١٦/٣٠٦.

(٤) أي من المقِرِّ.

(٥) وفي نُسخ : فيجعلها.

(٦) وتمَّ ضبط هذه الكلمة في نُسخ أخرىٰ: جَعَلَ.

وإن أوصىٰ بوصايا غيرِ ذلك: يُعزَلُ الثلثُ لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة.

و يُقالُ لأصحاب الوصايا: صدِّقوه فيما شئتُم، ويقال للورثة: صدِّقوه فيما شئتُم، وما بقيَ من الثلث: فأصحاب الوصايا أحقُّ به.

كأنه قال: إذا جاءكم فلانٌ وادعىٰ شيئاً: فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرةٌ من الثلث، فلهذا يُصدَّقُ إلىٰ الثلث، دون الزيادة.

قال: (وإن أوصىٰ بوصايا غيرِ ذلك: يُعزَلُ الثلثُ لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة)؛ لأن ميراثَهم معلومٌ.

وكذا الوصايا معلومةٌ، وهذا مجهولٌ، فلا يُزاحِمُ المعلومَ، فيُقدَّمُ عَزْلُ المعلومِ.

وفي الإفراز فائدةٌ أخرىٰ: وهو أن أحدَ الفريقين قد يكونُ أعلمَ بمقدار هذا الحقِّ، وأبصرَ به، والآخرَ ألدُّ خِصاماً، وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصمُ، وبعد الإفراز: يصحُّ إقرارُ كلٍّ واحدٍ فيما في يدِه من غير منازَعةٍ.

قال: (و) إذا عُزِلَ: (يُقالُ لأصحاب الوصايا: صدِّقوه فيما شئتُم، ويقال للورثة: صدِّقوه فيما شئتُم، وما بقيَ من الثلث: فأصحاب الوصايا أحقُّ به[1])؛ لأن هذا دَيْنٌ في حَقِّ المستَحِقِّ، وصيةٌ في حَقِّ التنفيذ، فإذا أقرَّ كلُّ فريقٍ بشيءٍ: ظَهَرَ أنَّ في التركة ديناً شائعاً في النصيبَيْن.

---

(١) قوله: وما بقي من الثلث: فأصحاب الوصايا أحقُّ به: مثبتٌ من بداية المبتدي ص٧١٩، وكذلك في نسخة ١٠٣٨هـ، ونسخة السليمانية برقم ٦٤٤.

فيُؤخَذُ أصحابُ الثلثِ بثلثِ ما أقرّوا، والورثةُ بثلثي ما أقرُّوا.

ومَن أوصىٰ لأجنبيٍّ ولوارثِه : فللأجنبيِّ نصفُ الوصيةِ، وتبطلُ وصيةُ الوارث.

قال: (فيُؤخَذُ أصحابُ الثلثِ بثلثِ ما أقرّوا، والورثةُ بثلثي ما أقرُّوا)؛ تنفيذاً لإقرار كلِّ فريقٍ في قَدْرِ حَقِّه.

وعلىٰ كلِّ فريقٍ منهما اليمينُ علىٰ العلم إن ادعىٰ المقَرُّ له زيادةً علىٰ ذلك؛ لأنه يُحلَّفُ علىٰ ما جرىٰ بينه وبين غيرِه.

قال: (ومَن أوصىٰ لأجنبيٍّ ولوارثِه: فللأجنبيِّ نصفُ الوصيةِ، وتبطلُ وصيةُ الوارث)؛ لأنه أوصىٰ بما يَملِكُ الإيصاءَ به، وبما لا يملِكُ، فصحَّ في الأول، وبَطَلَ في الثاني.

بخلاف ما إذا أوصىٰ لحيٍّ وميتٍ؛ لأن الميتَ ليس بأهلٍ للوصية، فلا يصلحُ مُزاحِماً، فيكون الكلُّ للحيِّ، والوارثُ من أهلِها، ولهذا تصحُّ بإجازةِ الورثةِ، فافترقا.

وعلىٰ هذا: إذا أوصىٰ للقاتل وللأجنبي.

وهذا بخلاف ما إذا أقرَّ بعَيْنٍ أو دَيْنٍ لوارثه وللأجنبيِّ، حيث لا يصحُّ في حَقِّ الأجنبيِّ أيضاً؛ لأن الوصيةَ إنشاءُ تصرُّفٍ، والشركةُ تَثبتُ حُكماً له، فتصحُّ في حَقِّ مَن يَستحِقُّه منهما.

وأما الإقرارُ فإخبارٌ عن كائنٍ، وقد أَخبر بوَصْفِ الشركة في الماضي، ولا وجهَ إلىٰ إثباته بدون هذا الوصف؛ لأنه خلافُ ما أخبر به، ولا إلىٰ إثبات الوصف، لأنه يصيرُ الوارثُ فيه شريكاً.

ومَن كان له ثلاثةُ أثوابٍ: جيدٌ ووسطٌ ورديءٌ، فأوصىٰ بكلٍّ واحدٍ لرجلٍ، فضاع ثوبٌ، ولا يُدرَىٰ أيُّها هو، والورثةُ تَجْحَدُ ذلك: فالوصيةُ باطلةٌ.

إلا أن تُسلِّمَ الورثةُ الثوبَيْن الباقِيَيْن، فإن سلَّموا: . . . .

ولأنه لو قَبَضَ الأجنبيُّ شيئاً: كان للوارث أن يُشارِكَه، فيبطلُ في ذلك القَدْر، ثم لا يزالُ يَقبضُ الأجنبيُّ ويشارِكُه الوارثُ حتىٰ يبطلَ الكلُّ، فلا يكونُ مفيداً[1]، وفي الإنشاء حصةُ أحدِهما ممتازةٌ عن حصة الآخَر، بقاءً[2]، وبطلاناً.

قال: (ومَن كان له ثلاثةُ أثوابٍ: جيدٌ ووسطٌ ورديءٌ، فأوصىٰ بكلٍّ واحدٍ لرجلٍ، فضاع ثوبٌ، ولا يُدرَىٰ أيُّها هو، والورثةُ تَجْحَدُ ذلك: فالوصيةُ باطلةٌ).

ومعنىٰ جحودِهم: أن يقولَ الوارثُ لكلِّ واحدٍ منهم بعَيْنه: الثوبُ الذي هو حَقُّكَ قد هَلَكَ، فكان المُستَحِقُّ[3] مجهولاً، وجهالتُه تمنعُ صحةَ القضاء، وتحصيلَ المقصودِ، فبَطَلَ.

قال: (إلا أن تُسلِّمَ الورثةُ الثوبَيْن الباقِيَيْن، فإن سلَّموا): زالَ المانعُ،

---

(١) وجاء في نُسخ أخرىٰ خطأً: مقيداً. بالقاف.

(٢) أي بقاءً: في حق الأجنبي، وبطلاناً: في حق الوارث.

(٣) أي الموصىٰ له.

فلصاحب الجيدِ : ثُلُثَا الثوبِ الأجودِ، ولصاحب الوسطِ : ثلثُ الجيدِ وثلثُ الأدونِ، ولصاحبِ الأدونِ : ثُلُثَا الثوبِ الأدون.

وإذا كانتِ الدارُ بين رجلَيْن، فأوصىٰ أحدُهما ببيتٍ منها بعَيْنه لرجلٍ بعينه، ومات الموصي : فإنها تُقسَمُ.

فإن وَقَعَ البيتُ في نصيبِ الموصي : فهو للموصَىٰ له.

وهو الجحودُ: (فـ) يكونُ (لصاحب الجيدِ: ثُلُثَا الثوبِ الأجودِ، ولصاحب الوسطِ: ثلثُ الجيدِ وثلثُ الأدونِ، ولصاحبِ الأدونِ: ثُلُثَا الثوبِ الأدون).

لأن صاحبَ الجيدِ لا حَقَّ له في الرديء بيقينٍ؛ لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً، ولا حَقَّ له فيهما.

وصاحبَ الرديءِ لا حَقَّ له في الجيدِ الباقي بيقينٍ؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً، ولا حَقَّ له فيهما، ويَحتملُ أن يكون الرديءُ هو الرديءُ الأصليُّ، فيُعطىٰ من مَحَلِّ الاحتمال.

وإذا ذَهَبَ ثُلُثَا الجيدِ، وثُلُثَا الأدونِ: لم يبقَ إلا ثلثُ الجيدِ وثلثُ الرديءِ: فيتعيَّنُ حَقُّ صاحبِ الوسط فيه بعَيْنه ضرورةً.

قال: (وإذا كانتِ الدارُ بين رجلَيْن، فأوصىٰ أحدُهما ببيتٍ منها بعَيْنه لرجلٍ بعينه، ومات الموصي: فإنها تُقسَمُ.

فإن وَقَعَ البيتُ في نصيبِ الموصي: فهو للموصَىٰ له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعند محمدٍ رحمه الله: نصفُه للموصىٰ له.

وإن وَقَعَ في نصيبِ الآخَرِ: فللموصىٰ له مثلُ ذَرْعِ البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: مثلُ ذَرْعِ نصفِ البيت.

قال: (وإن وَقَعَ في نصيبِ الآخَرِ: فللموصىٰ له مثلُ ذَرْعِ البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: مثلُ ذَرْعِ نصفِ البيت).

له: أنه أوصىٰ بمِلْكِه وبملكِ غيرِه؛ لأن الدارَ بجميع أجزائها مشتركةٌ، فنفَذَ الأولُ، وتوقَّفَ الثاني، وهو إنْ مَلَكَه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلةٌ: لا تُنفَّذُ الوصيةُ السابقةُ، كما إذا أوصىٰ بملك الغيرِ، ثم اشتراه[1].

ثم إذا اقتسموها، ووقَعَ البيتُ في نصيبِ الموصي: تُنفَّذُ الوصيةُ في عَيْنِ الموصَىٰ به، وهو نصفُ البيت.

وإن وَقَعَ في نصيبِ صاحبِه: له مِثْلُ ذَرْعِ نصفِ البيت؛ تنفيذاً للوصية في بدلِ الموصَىٰ به عندَ فَوَاته، كالجارية الموصَىٰ بها إذا قُتِلَتْ خطأً[2]: تُنفَّذُ الوصيةُ في بَدَلِها[3].

بخلاف ما إذا بِيْعَ العبدُ الموصىٰ به، حيثُ لا تتعلَّقُ الوصيةُ بثمنه؛ لأن الوصيةَ تبطلُ بالإقدام علىٰ البيع، علىٰ ما بيَّنّاه، ولا تبطلُ بالقسمة.

---

(١) أي ثم مات.

(٢) لفظ: خطأً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي بدل الجارية.

. . . .

ولهما: أنه أوصىٰ بما يستقرُّ مِلْكُه فيه بالقسمة؛ لأن الظاهرَ أنه يقصِدُ الإيصاءَ بمِلْكٍ مُنتَفَعٍ به من كلِّ وجهٍ، وذلك يكونُ بالقسمة؛ لأن الانتفاعَ بالمُشاعِ قاصرٌ، وقد استقرَّ مِلْكُه في جميع البيتِ إذا وَقَعَ في نصيبه، فتُنَفَّذُ الوصيةُ فيه.

ومعنىٰ المبادلةِ في هذه القسمة تابعٌ، وإنما المقصودُ الإفرازُ؛ تكميلاً للمنفعة، ولهذا يُجبَرُ علىٰ القسمة فيه، وعلىٰ اعتبارِ الإفرازِ يصيرُ كأنَّ البيتَ مِلْكُه من الابتداء.

وإن وَقَعَ في نصيب الآخَرِ: تُنفَّذُ في قَدْرِ ذُرْعانِ جميعِه مما وَقَعَ في نصيبه، إما لأنه عِوَضُه، كما ذكرناه، أو لأنَّ مرادَ الموصي من ذِكْرِ البيت التقديرُ به؛ تحصيلاً لمقصوده ما أمكن، إلا أنه يتعيَّنُ البيتُ إذا وَقَعَ في نصيبه؛ جَمْعاً بين الجهتَيْن: التقديرُ، والتمليك.

وإذا وَقَعَ في نصيب الآخَر: عَمِلْنا[1] بالتقدير.

أو لأنه[2] أراد التقديرَ علىٰ اعتبار أحدِ الوجهَيْن[3]، والتمليكَ[4] بعينه، علىٰ اعتبار الوجهِ الآخَر.

---

(١) وفي نُسخ: علمنا. بتقديم اللام علىٰ الميم.

(٢) أي الموصي.

(٣) وفي نُسخ: إحدىٰ الجهتين.

(٤) أي وأراد التمليكَ.

. . . .

كما إذا علَّق عِتْقَ الولدِ، وطلاقَ المرأةِ بأول ولدٍ تلدُه أَمَتُه، فالمرادُ في جزاء[1] الطلاق: مُطلَقُ الولد، وفي العتق: ولدٌ حيٌّ.

ثم إذا وقع البيتُ في نصيبِ غيرِ الموصي، والدارُ مائةُ ذراعٍ، والبيتُ عشرةُ أذرعٍ: يُقسَمُ نصيبُه بين الموصىٰ له، وبين الورثة علىٰ عشرة أسهم: تسعةٌ منها للورثة، وسهمٌ للموصىٰ له.

وهذا عند محمدٍ رحمه الله، فيَضرِبُ الموصىٰ له بخمسةِ أذرعٍ: نصفِ البيت، وهم بنصف الدار سوىٰ البيت، وهو خمسةٌ وأربعون، فيُجعَلُ كلُّ خمسةٍ منها سهماً، فيصيرُ عشرةً.

وعندهما: يُقسَمُ علىٰ أحدَ عشرَ سهماً؛ لأن الموصىٰ له يَضرِبُ بالعشرة، وهم بخمسةٍ وأربعين، فتصيرُ السهامُ أحدَ عشرَ سهماً: للموصىٰ له: سهمان، ولهم: تسعةٌ.

ولو كان مكانَ الوصيةِ إقرارٌ: قيل: هو علىٰ الخلاف، وقيل: لا خلافَ فيه لمحمدٍ رحمه الله.

والفَرْقُ له: أن الإقرارَ بملك الغيرِ صحيحٌ، حتىٰ إنَّ مَن أقرَّ بملكِ الغير لغيرِه، ثم مَلَكَه: يُؤمَرُ بالتسليم إلىٰ المُقَرِّ له.

والوصيةُ بملك الغير: لا تصحُّ، حتىٰ لو مَلَكَه بوجهٍ من الوجوه، ثم مات: لا تصحُّ وصيتُه، ولا تُنفَّذُ.

---

(١) وفي نُسخ: حق الطلاق.

ومَن أوصىٰ من مالِ رجلٍ لآخَرَ بألفِ درهمٍ بعَيْنه، فأجاز صاحبُ المال بعدَ موتِ الموصي : فإن دَفَعَه إليه : فهو جائزٌ، وله أن يَمنَعَ.

وإذا اقتسم الابنانِ تَرِكَةَ الأبِ أَلْفاً، ثم أقرَّ أحدُهما لرجلٍ أنَّ الأبَ أوصىٰ له بثُلُث مالِه : فإنَّ المقِرَّ يُعطيه ثُلُثَ ما في يده.

قال: (ومَن أوصىٰ من مالِ رجلٍ لآخَرَ بألفِ درهمٍ بعَيْنه، فأجاز صاحبُ المال بعدَ موتِ الموصي: فإن دَفَعَه إليه: فهو جائزٌ، وله[1] أن يَمنَعَ)؛ لأن هذا تبرُّعٌ بمال الغير، فيَتوقَّفُ علىٰ إجازته، وإذا أجاز: تكون[2] تبرُّعاً منه أيضاً، فله أن يَمتنعَ من التسليم.

بخلاف ما إذا أوصىٰ بالزيادة علىٰ الثلث، وأجازتِ الورثةُ؛ لأن الوصيةَ في مَخْرَجِها صحيحةٌ؛ لمصادفتِها ملكَ نفسِه، والامتناعُ لحَقِّ الورثة، فإذا أجازوها: سَقَطَ حَقُّهم، فنَفَذَ من جهة الموصي.

قال: (وإذا اقتسم الابنانِ تَرِكَةَ الأبِ أَلْفاً، ثم أقرَّ أحدُهما لرجلٍ أنَّ الأبَ أوصىٰ له بثُلُث مالِه: فإنَّ المقِرَّ يُعطيه ثُلُثَ ما في يده)، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن يُعطِيَه نصفَ ما في يده، وهو قولُ زفرَ رحمه الله؛ لأن إقرارَه بالثلث له: تَضَمَّنَ إقرارَه بمساواته إياه، والتسويةُ: في إعطاءِ النصف؛ ليبقىٰ له النصف.

---

(١) أي لصاحب المال.

(٢) أي إجازته.

ومَن أوصىٰ لرجلٍ بجاريةٍ، فولَدَتْ بعدَ موتِ الموصي ولداً، وكلاهما يَخرجان من الثلثِ: فهما للموصىٰ له.

وإن لم يَخرُجا من الثُلُثِ: ضَرَبَ بالثلث، وأَخَذَ ما يَخُصُّه.......

وجهُ الاستحسان: أنه أقرَّ له بثُلُثٍ شائعٍ في التركة، وهي في أيديهما، فيكونُ مُقِرّاً بثلثِ ما في يده.

بخلاف ما إذا أَقَرَّ أحدُهما بدَيْنٍ لغيره؛ لأن الدينَ مقدَّمٌ علىٰ الميراث، فيكونُ مُقِرّاً بتقدُّمِه، فيُقدَّمُ عليه.

أما الموصىٰ له بالثلث فشريكُ الوارث، فلا يُسلَّمُ له شيءٌ إلا أن يُسلَّمَ للورثة مِثلاه.

ولأنه لو أُخِذَ منه نصفُ ما في يده: فربما يُقِرُّ الابنُ الآخَرُ به أيضاً، فيأخذُ نصفَ ما في يده، فيصير[1] نصفَ التركة، فيزدادُ علىٰ الثلث.

قال: (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بجاريةٍ، فولَدَتْ بعدَ موتِ الموصي ولداً، وكلاهما يَخرجان من الثلثِ: فهما للموصىٰ له)؛ لأنَّ الأمَّ دخلتْ في الوصية أصالةً، والولدُ تَبَعاً حين كان متصلاً بالأم.

فإذا وَلَدَتْ قبلَ القسمةِ، والتركةُ قبلَها مُبَقَّاةٌ علىٰ ملكِ الميت حتىٰ تُقضىٰ بها ديونُه: دَخَلَ[2] في الوصية، فيكونان للموصىٰ له.

قال: (وإن لم يَخرُجا من الثُلُثِ: ضَرَبَ[3] بالثلث، وأَخَذَ ما يَخُصُّه

---

(١) أي ما أدَّىٰ الموصىٰ له.

(٢) أي الولد.

(٣) أي الموصىٰ له.

منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يأخذُ ذلك من الأمِّ، فإن فَضَلَ شيءٌ: أَخَذَه من الولد.

منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يأخذُ ذلك من الأمِّ، فإن فَضَلَ شيءٌ: أَخَذَه من الولد).

وفي «الجامع الصغير[1]» عَيَّنَ صورةً، وقال: رجلٌ له ستُّمائةِ درهمٍ، وأَمَةٌ تساوي ثلاثُمائةِ درهمٍ، فأوصىٰ بالجارية لرجلٍ، ثم مات، فولدت ولداً يساوي ثلاثَمائة درهمٍ قبلَ القسمة: فللموصَىٰ له: الأمُّ وثلثُ الولدِ عنده، وعندهما: له ثُلُثَا كلٍّ واحدٍ منهما.

لهما: ما ذَكَرْنا أنَّ الولدَ دَخَلَ في الوصية تَبَعاً حالةَ الاتصال، فلا يخرجُ عنها بالانفصال، كما في البيع[2] والعتق[3]، فتُنفَّذُ الوصيةُ فيهما علىٰ السواء من غير تقديمِ الأُمِّ.

وله: أن الأُمَّ أصلٌ، والولدَ تَبَعٌ فيه[4]، والتبعُ لا يُزاحِمُ الأصلَ، فلو

---

(١) ص٢٥٨.

(٢) يعني إذا باع الأمةَ الحامل، فولدت المبيعة قبل القبض: يصير للولد قسطٌ من الثمن تبعاً للأم.

(٣) أي بأن أعتقها وهي حامل.

(٤) أي في الوصية، علىٰ تأويل الإيصاء.

هذا إذا وَلَدَتْ قبلَ القسمة، فإن وَلَدَت بعدَ القسمة : فهو للموصىٰ له.

نفَّذْنا الوصيةَ فيهما جميعاً: تنتقِضُ الوصيةُ في بعضِ الأصل، وذلك لا يجوزُ.

بخلاف البيع؛ لأن تنفيذَ البيعِ في التَّبَعِ لا يؤدِّي إلىٰ نَقْضِه في الأصل، بل يبقىٰ تامًّا صحيحاً فيه، إلا أنه لا يُقابِلُه بعضُ الثمنِ؛ ضرورةَ مقابلتِه بالولد إذا اتصلَ به القبضُ، ولكنَّ الثمنَ تابعٌ في البيع، حتىٰ ينعقدُ البيعُ بدون ذِكْرِه وإن كان فاسداً.

قال: (هذا إذا وَلَدَتْ قبلَ القسمة، فإن وَلَدَت بعدَ القسمة: فهو للموصىٰ له)؛ لأنه نماءُ خالِصِ مِلكِه؛ لتقرُّرِ مِلْكِه فيه بعدَ القسمة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

في اعتبار حالة الوصية

وإذا أقرَّ المريضُ لامرأةٍ بدَيْنٍ، أو أوصىٰ لها بشيءٍ، أو وَهَبَ لها هبةً، ثم تزوَّجها، ثم مات: جاز الإقرارُ، وبطلتِ الوصيةُ والهبةُ.

فصلٌ

في اعتبار حالة الوصية

قال: (وإذا أقرَّ المريضُ لامرأةٍ بدَيْنٍ، أو أوصىٰ لها بشيءٍ، أو وَهَبَ لها هبةً، ثم تزوَّجها، ثم مات: جاز الإقرارُ، وبطلتِ الوصيةُ والهبةُ)؛ لأن الإقرارَ ملزِمٌ بنفسِه، وهي أجنبيةٌ عندَ صدورِه.

ولهذا يُعتبرُ[١] من جميعِ المالِ، ولا يبطلُ بالدَّيْن إذا كان في حالةِ الصحةِ، أو في حالةِ المرض، إلا أن الثانيَ يُؤخَّرُ عنه.

بخلاف الوصية؛ لأنها إيجابٌ عند الموت، وهي وارثةٌ عند ذلك، ولا وصيةَ للوارث.

والهبةُ وإن كانت منجَّزةً صورةً، فهي كالمضاف إلىٰ ما بعدِ الموت حُكْماً؛ لأن حُكْمَها يتقرَّرُ عند الموت؛ ألا ترىٰ أنها تبطلُ بالدين المستغرِقِ، وعند عدمِ الدين: تُعتبرُ من الثلث.

---

(١) أي الإقرار.

وإذا أقرَّ المريضُ لابنِه بدَيْنٍ، وابنُه نصرانيٌّ، أو وَهَبَ له، أو أوصىٰ له، فأسلم الابنُ قبلَ موتِه: بَطَلَ ذلك كلُّه.

وكذا لو كان الابنُ عبداً، أو مكاتباً، فأُعتِقَ.

قال: (وإذا أقرَّ المريضُ لابنه بدَيْنٍ، وابنُه نصرانيٌّ، أو وَهَبَ له، أو أوصىٰ له، فأسلم الابنُ قبلَ موتِه: بَطَلَ ذلك كلُّه).

أما الهبةُ والوصيةُ: فلِمَا قلنا إنه وارِثٌ عند الموت، وهما إيجابان عند الموت، أو بعده.

والإقرارُ وإن كان ملزِماً بنفسه، ولكنَّ سببَ الإرثِ، وهو البنوَّةُ قائمٌ وقتَ الإقرار، فيُعتبَرُ في إيراثِ تهمةِ الإيثارِ.

بخلاف ما تقدَّم؛ لأن سببَ الإرثِ: الزوجيةُ، وهي طارئةٌ، حتىٰ لو كانت الزوجيةُ قائمةً وقتَ الإقرار، وهي نصرانيةٌ، ثم أسلمت قبلَ موتِه: لا يصحُّ الإقرارُ؛ لقيامِ السببِ حالَ صدورِه.

قال: (وكذا لو كان الابنُ عبداً، أو مكاتباً، فأُعتِقَ)؛ لِمَا ذكرنا.

وذَكَرَ في كتاب الإقرار[1]: إن لم يكن عليه دينٌ: يصحُّ؛ لأنه أقرَّ لمولاه وهو أجنبيٌّ.

وإن كان عليه دينٌ: لا يصحُّ؛ لأنه إقرارٌ له وهو ابنُه، والوصيةُ باطلةٌ؛ لِمَا ذَكَرْنا أنَّ المعتبرَ فيها وقتُ الموت.

---

(١) أي الإمام محمد في كتاب الإقرار من المبسوط.

والمُقْعَدُ، والمَفْلُوجُ، والأَشَلُّ، والمَسلولُ إذا تطاول ذلك، ولم يُخَفْ منه الموتُ: فهِبَتُه من جميع المال.

وإن وَهَبَ عندما أصابه ذلك، ومات من أيامه: فهو من الثلث.

وأما الهبةُ: فيُروىٰ أنها تصحُّ؛ لأنها تمليكٌ في الحال، وهو رقيقٌ.

وفي عامة الروايات: هي في مرض الموت: بمنزلة الوصية، فلا تصحُّ.

قال: (والمُقْعَدُ، والمَفْلُوجُ، والأَشَلُّ، والمَسْلُول[١] إذا تطاول ذلك، ولم يُخَفْ منه الموتُ: فهِبَتُه من[٢] جميع المال)؛ لأنه إذا تقادمَ العهدُ: صار طَبْعاً من طِبَاعِه، ولهذا لا يَشتغلُ بالتداوي[٣].

ولو صار صاحبَ فراشٍ بعد ذلك: فهو كمرضٍ حادث.

قال: (وإن وَهَبَ عندما أصابه ذلك، ومات من أيامه: فهو من الثلث) إذا صار صاحبَ فراشٍ؛ لأنه يُخافُ منه الموتُ، ولهذا يَتداوىٰ، فيكونُ مرضَ الموت[٤]، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) الذي به مرض السِّلِّ.

(٢) وفي نُسخ: في.

(٣) أي صار مثل الأصحاء.

(٤) يعني يكون حكمه حكمَ المرض الذي مات فيه. البناية ١٦/٣٢١.

باب

العِتْق في مرضِ الموت، والوصية بالعتق

ومَن أَعتَقَ عبداً في مرضه، أو باع وحابىٰ، أو وَهَبَ: فذلك كلُّه جائزٌ، وهو معتبَرٌ من الثلث، ويُضرَبُ به مع أصحابِ الوصايا.

باب

العِتْق في مرضِ الموت، والوصية بالعتق

قال: (ومَن أَعتَقَ عبداً في مرضه، أو باع وحابىٰ، أو وَهَبَ: فذلك كلُّه جائزٌ، وهو معتبَرٌ من الثلث، ويُضرَبُ[1] به مع أصحابِ الوصايا).

وفي بعض النُّسَخ[2]: فهو وصيةٌ: مكان قولِه: جائزٌ[3].

والمرادُ: الاعتبارُ من الثلث، والضربُ مع أصحابِ الوصايا، لا حقيقةُ الوصيةِ، لأنها إيجابٌ بعد الموت، وهذا مُنَجَّزٌ، غيرُ مضافٍ.

---

(١) هكذا تم الضبط في أغلب النسخ بالمبني للمجهول، وفي بعضها: يَضْرِبُ. ويكون التقدير: أي يضربُ كلٌّ واحد من هؤلاء الثلاثة.

(٢) أي نُسَخ مختصر القدوري.

(٣) نقل العيني في البناية ١٦/٣٢٣ عن الأترازي صاحب غاية البيان أنه رأىٰ نسخةً من القدوري نقيةً، مكتوبةً في سنة ٥٢٥هـ، وفيها: فذلك كلُّه وصيةٌ معتبرة من الثلث. اهـ، ونقل عن صاحب المجتبىٰ قوله: والأولُ أصحُّ؛ لأن هذا أَولْىٰ بالاعتبار من الثلث، وينظر تعليقي علىٰ هذه الكلمة في مختصر القدوري مع اللباب ٥/٣٨١.

وإن حابىٰ، ثم أعتق عبداً، وضاق الثلثُ عنهما : فالمحاباةُ أَوْلىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن أعتق، ثم حابىٰ : فهما سواءٌ.

وقالا : العتقُ أَوْلىٰ في المسألتَيْن جميعاً.

واعتبارُه من الثلث: لتعَلُّقِ حَقِّ الورثة به.

وكذلك ما ابتدأ المريضُ إيجابَه علىٰ نفسه، كالضمان والكفالةِ: في حُكْمِ الوصية؛ لأنه يُتَّهمُ فيه، كما في الهبة.

وكلُّ ما أوجَبَه بعدَ الموت: فهو من الثلث وإن أوجَبَه في حالِ صحتِه؛ اعتباراً[1] بحال الإضافة، دون حال العقد.

وما نَفَّذَه من التصرُّف: فالمعتبرُ فيه حالُ العقد، فإن كان صحيحاً: فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً: فهو من الثلث.

وكلُّ مرضٍ صحَّ منه: فهو كحال الصحة؛ لأنَّ بالبُرْء تبيَّنَ أنه لا حَقَّ لأحدٍ في مالِه.

قال: (وإن حابىٰ[2]، ثم أعتق عبداً، وضاق الثلثُ عنهما: فالمحاباةُ أَوْلىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن أعتق، ثم حابىٰ: فهما سواءٌ.

وقالا: العتقُ أَوْلىٰ في المسألتَيْن جميعاً).

---

(١) أي لأجل الاعتبار بحال الإضافة.

(٢) صورة هذه المسألة: رجلٌ باع في مرضه عبداً، وحابىٰ، بأن باعه بألفٍ، وهو يساوي ألفين، ثم أعتق عبداً يساوي ألفاً، وضاق الثلث عن المحاباة والعتق: فالمحاباة أولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله. البناية ١٦/٣٢٤.

. . . .

والأصلُ فيه: أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوَزَ الثلثَ: فكلٌّ من أصحابها يَضرِبُ بجميع وصيته في الثلث، لا يُقدَّمُ البعضُ علىٰ البعض إلا العتقُ الموقَعُ في المرض، والعتقُ المعلَّقُ بموت الموصي: كالتدبير الصحيح، والمحاباةُ[1] في البيع إذا وقعت في المرض؛ لأن الوصايا قد تساوت، والتساوي في سببِ الاستحقاقِ: يوجِبُ التساوي في نفس الاستحقاق.

وإنما قُدِّمَ العتقُ الذي ذكرناه آنفاً: لأنه أقوىٰ، فإنه لا يَلحقُه الفسخُ من جهة الموصي، وغيرُه يَلحقُه.

وكذلك المحاباةُ لا يلحقُها الفسخُ من جهة الموصي.

وإذا قُدِّمَ ذلك، فما بقيَ من الثلث بعد ذلك: يستوي فيه مَن سواهما من أهل الوصايا، ولا يُقدَّمُ البعضُ علىٰ البعض.

لهما في الخلافية: أن العتقَ أقوىٰ؛ لأنه لا يَلحَقُه الفسخُ، والمحاباةُ يَلحقُها الفسخُ، ولا معتبرَ بالتقديم في الذِّكْر؛ لأنه لا يوجِبُ التقدُّمَ في الثبوت.

وله: أن المحاباةَ أقوىٰ؛ لأنها تثبتُ في ضمن عقدِ المعاوضةِ، فكان تبرُّعاً بمعناه، لا بصيغته، والإعتاقُ تبرُّعٌ صيغةً ومعنىً، فإذا وُجِدَتِ المحاباةُ أوَّلاً: دُفِعَ الأضعفُ.

وإذا وُجِدَ العتقُ أوَّلاً وثبت، وهو لا يحتملُ الدفعَ: كان من ضرورته المزاحمةُ.

---

(١) بالرفع، عطف علىٰ قوله: إلا العتقُ الموقَع.

ومَن أوصىٰ بأن يُعتَقَ عنه بهذه المائة عبدٌ، فهَلَكَ منها درهمٌ: لم يُعتَقْ عنه بما بقيَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإن كانت وصيتُه بحَجَّةٍ: يُحَجُّ عنه بما بقيَ من حيث يَبْلُغُ في قولهم جميعاً.

وإن لم يَهلِكْ منها شيءٌ، وبقيَ شيءٌ من الحجَّةِ: يُرَدُّ علىٰ الورثة.

وعلىٰ هذا: قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا حابىٰ، ثم أعتق، ثم حابىٰ: قُسِمَ الثلثُ بين المحاباتَيْن نصفَيْن؛ لتساويهما.

ثم ما أصاب المحاباةَ الأخيرةَ: قُسِمَ بينها وبين العتقِ؛ لأن العتقَ مقدَّمٌ عليها، فيستويان.

ولو أعتق، ثم حابىٰ، ثم أعتق: قُسِمَ الثلثُ بين العتقِ الأولِ والمحاباةِ نصفَيْن، وما أصاب العتقَ: قُسِمَ بينه وبين العتق الثاني.

وعندهما: العتقُ أَوْلىٰ بكلِّ حالٍ.

قال: (ومَن أوصىٰ بأن يُعتَقَ عنه بهذه المائة عبدٌ، فهَلَكَ منها درهمٌ: لم يُعتَقْ عنه بما بقيَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإن كانت وصيتُه بحَجَّةٍ: يُحَجُّ عنه بما بقيَ من حيث يَبْلُغُ في قولهم جميعاً.

وإن لم يَهلِكْ منها شيءٌ، وبقيَ شيءٌ[1] من الحجَّةِ: يُرَدُّ علىٰ الورثة.

---

(١) أي من المائة التي أوصىٰ بها للحجة.

وقالا : يُعتَقُ عنه بما بقي.

ومَن تَرَكَ ابنَيْن، ومائةَ درهمٍ، وعبداً قيمتُه مائةُ درهمٍ، وقد كان أعتقه في مرضِه، فأجاز الوارثان ذلك : لم يَسْعَ في شيءٍ.

وقالا: يُعتَقُ عنه بما بقي)؛ لأنه وصيةٌ بنوعِ قُرْبةٍ، فيجبُ تنفيذُها ما أمكن؛ اعتباراً بالوصية بالحج.

وله: أنه وصيةٌ بالعتق لعبدٍ يُشتَرَىٰ بمائةٍ، وتنفيذُها فيمَن يُشترىٰ بأقلَّ منه: تنفيذٌ لغير الموصَىٰ له، وذلك لا يجوزُ.

بخلاف الوصية بالحج: لأنها قُرْبةٌ مَحْضَةٌ، وهي حقُّ الله تعالىٰ، والمُستَحِقُّ لم يتبدَّلْ، فصار كما إذا أوصىٰ لرجلٍ بمائةٍ، فهَلَكَ بعضُها: يُدْفَعُ الباقي إليه.

وقيل: هذه المسألةُ بناءً علىٰ أصلٍ آخَرَ مختَلَفٍ فيه، وهو أنَّ العتقَ حقُّ الله تعالىٰ عندهما، حتىٰ تُقبَلُ الشهادةُ عليه من غير دعوىً، فلم يَتبدَّلِ المُستَحِقُّ.

وعنده: حقُّ العبدِ، حتىٰ لا تُقبَلُ البينةُ عليه من غير دعوىً، فاختَلَفَ المستَحِقُّ، وهذا أشبهُ.

قال: (ومَن تَرَكَ ابنَيْن، ومائةَ درهمٍ، وعبداً قيمتُه مائةُ درهمٍ، وقد كان أعتقه في مرضِه، فأجاز الوارثان ذلك: لم يَسْعَ في شيءٍ)؛ لأن العتقَ في مرضِ الموت وإن كان في حُكْمِ الوصيةِ، وقد وَقَعتْ بأكثرَ من الثلث، إلا أنها تجوزُ بإجازة الورثة؛ لأن الامتناعَ لِحَقِّهم، وقد أسقطوه، ولهذا لا سعايةَ عليه.

ومَن أوصىٰ بعِتْقِ عبدِه، ثم مات، فجنىٰ العبدُ جنايةً، ودُفِعَ بها: بطلت الوصيةُ.

فإن فداه الورثةُ: كان الفداءُ في مالِهم، وجازتِ الوصيةُ.

ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه لآخَرَ، ثم مات وترك عبداً ومالاً، وترك وارثاً، فأقرَّ الموصىٰ له والوارثُ أنَّ الميتَ أعتق هذا العبدَ، فقال الموصىٰ له: أعتَقَه في الصحة، وقال الوارثُ: أعتَقَه في المرضِ: فالقولُ قولُ الوارث، ولا شيءَ للموصَىٰ له، إلا أن يَفضُلَ من الثلث شيءٌ، أو تقومَ له البيِّنةُ أن العتقَ في الصحة.

قال: (ومَن أوصىٰ بعِتْقِ عبدِه، ثم مات، فجنىٰ العبدُ جنايةً، ودُفِعَ بها: بطلت الوصيةُ)؛ لأن الدفعَ قد صحَّ؛ لِمَا أنَّ حَقَّ وليِّ الجناية مقدَّمٌ علىٰ حَقِّ الموصي، فكذا علىٰ حَقِّ الموصىٰ له؛ لأنه يَتلقَّىٰ المِلكَ من جهته، إلا أنَّ ملكَه فيه باقٍ، وإنما يزولُ بالدفع، فإذا خَرَجَ به عن ملكِه: بَطَلَتِ الوصيةُ، كما إذا باعه الموصي، أو وارثُه بعد موته.

قال: (فإن فداه الورثةُ: كان الفداءُ في مالِهم)؛ لأنهم هم الذين التزموه.

(وجازتِ الوصيةُ)؛ لأن العبدَ طَهُرَ عن الجناية بالفداء، كأنه لم يَجْنِ، فتُنفَّذُ الوصيةُ.

قال: (ومَن أوصىٰ بثُلُثِ مالِه لآخَرَ، ثم مات وترك عبداً ومالاً، وترك وارثاً، فأقرَّ الموصىٰ له والوارثُ أنَّ الميتَ أعتق هذا العبدَ، فقال الموصىٰ له: أعتَقَه في الصحة، وقال الوارثُ: أعتَقَه في المرضِ: فالقولُ قولُ الوارث، ولا شيءَ للموصَىٰ له، إلا أن يَفضُلَ من الثلث شيءٌ، أو تقومَ له البيِّنةُ أن العتقَ في الصحة).

ومَن تَرَكَ عبداً، فقال للوارث : أعتَقَني أبوكَ في الصحة، وقال رجلٌ : لي علىٰ أبيكَ ألفُ درهمٍ، فقال صَدَقْتُما : فإن العبدَ يسعىٰ في قيمتِه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يَعتِقُ، ولا يسعىٰ في شيءٍ.

لأن الموصَىٰ له يدَّعي استحقاقَ ثلثِ ما بقيَ من التركة بعد العتق؛ لأن العتقَ في الصحة ليس بوصيةٍ، ولهذا يُنفَّذُ من جميع المال، والوارثُ يُنكِرُه؛ لأن مدَّعاه العتقُ في المرض، وهو وصيةٌ، والعتقُ في المرض مقدَّمٌ علىٰ الوصية بثلث المال، فكان منكِراً، والقولُ قولُ المنكِرِ مع اليمين.

ولأن العتقَ حادِثٌ، والحوادِثُ تُضافُ إلىٰ أقربِ الأوقات؛ للتيقُّن بها، فكان الظاهرُ شاهداً للوارثِ، فيكونُ القولُ قولَه، مع اليمين.

قال: إلا أنْ يَفْضُلَ شيءٌ من الثلث علىٰ قيمةِ العبد؛ لأنه لا مزاحِمَ له فيه، أو تقومَ له البينةُ أنَّ العتقَ في الصحة؛ لأن الثابتَ بالبينة: كالثابت معاينةً، وهو[1] خصمٌ في إقامتها؛ لإثبات حَقِّه.

قال: (ومَن تَرَكَ عبداً، فقال للوارث: أعتَقَني أبوكَ في الصحة، وقال رجلٌ: لي علىٰ أبيكَ ألفُ درهمٍ، فقال صَدَقْتُما: فإن العبدَ يسعىٰ في قيمتِه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَعتِقُ، ولا يسعىٰ في شيءٍ).

لأن الدينَ والعتقَ في الصحةِ ظَهَرَا معاً بتصديق الوارثِ في كلامٍ واحدٍ، فصار كأنهما كانا معاً، والعتقُ في الصحةِ لا يوجِبُ السعايةَ وإنْ كان علىٰ المعتِق دَيْنٌ.

---

(١) أي الموصىٰ له.

. . . .

وله: أن الإقرارَ بالدَّيْن أقوىٰ؛ لأنه يُعتَبَرُ من جميع المال، والإقرارُ بالعتق في المرض يُعتبَرُ من الثلث، والأقوىٰ يَدفَعُ الأدنىٰ، فقضيَّتُه أنْ يبطلَ العتقُ في المرض أصلاً، إلا أنه بعد وقوعِه لا يَحتملُ البطلانَ، فيُدفَعُ من حيث المعنىٰ؛ بإيجاب السعاية.

ولأن الدَّيْنَ أسبقُ؛ لأنه لا مانعَ له من الاستناد[1]، فيستَنِدُ إلىٰ حالةِ الصحة، ولا يُمكنُ إسنادُ العتقِ إلىٰ تلك الحالة؛ لأن الدَّينَ يَمنَعُ العتقَ في حالة المرضِ مجاناً، فتجبُ السعايةُ.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا مات الرجلُ، وتَرَكَ ألفَ درهمٍ، فقال رجلٌ: لي علىٰ الميت ألفُ درهمٍ دَيْنٌ، وقال الآخَرُ: كان لي عنده ألفُ درهمٍ وديعةً: فعنده: الوديعةُ أقوىٰ، وعندهما: سواءٌ[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: الإسناد.

(٢) أي الدين والوديعة سواءٌ، ولكن في عامة الكتب، نحو منظومة النسفي وشروحها والكافي ذكروا الاختلافَ علىٰ عكس ما ذَكَرَه صاحب الهداية، وأكَّد هذا العيني بنقله عن الأترازي. ينظر البناية ١٦/٣٣٢، ومقدمة حاشية اللكنوي علىٰ الهداية ٢/٤.

فصلٌ

ومَن أوصىٰ بوصايا من حقوقِ الله تعالىٰ: قُدِّمَتِ الفرائضُ منها، قدَّمَها الموصي أو أخَّرها، مثلُ الحجِّ والزكاةِ والكفارات.

فإن تساوَتْ في القوة: بُدِئَ بما قدَّمَه الموصي إذا ضاق عنها الثلثُ.

فصلٌ

في المقدَّم من الوصايا إذا ضاق عنها الثلثُ

قال: (ومَن أوصىٰ بوصايا من حقوقِ الله تعالىٰ: قُدِّمَتِ الفرائضُ منها، قدَّمَها الموصي أو أخَّرها، مثلُ الحجِّ والزكاةِ والكفارات)؛ لأن الفريضةَ أهمُّ من النافلة، والظاهرُ منه: البَداءةُ بما هو الأهمُّ.

قال: (فإن تساوَتْ في القوة: بُدِئَ بما قدَّمَه الموصي إذا ضاق عنها الثلثُ)؛ لأن الظاهرَ أنه يَبتدئ بالأهم.

وذَكَرَ الطَّحَاويُّ رحمه الله أنه يَبتَدئ بالزكاة، ويُقدِّمُها علىٰ الحجِّ، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله.

وفي روايةٍ عنه: أنه يُقدِّمُ الحَجَّ، وهو قولُ محمدٍ[1] رحمه الله.

---

(١) قال في غاية البيان: جَعَلَ صاحبُ الهداية تقديمَ الحج علىٰ الزكاة قولَ محمد، أما القدوريُّ في شرح مختصر الكرخي، والسرخسي في شرح الكافي، وشمسُ الأئمة البيهقي في الكفاية، وصاحبُ التحفة، والشيخ أبو نصر الأقطع في شرح القدوري،=

وما ليس بواجبٍ: قُدِّمَ منه ما قدَّمَه الموصي.

وجهُ الأُولىٰ: أنهما وإن استويا في الفَرْضيَّة: فالزكاةُ تَعلَّقَ بها حقُّ العبد، فكان أَولىٰ.

ووجهُ الأخرىٰ: أن الحجَّ يُقامُ بالمالِ والنفسِ، والزكاةُ بالمال قَصْراً عليه، فكان الحجُّ أَقْوىٰ.

ثم تُقدَّمُ الزكاةُ والحجُّ علىٰ الكفارات؛ لمزيَّتِهما عليها في القوة، إذْ قد جاء فيهما من الوعيدِ ما لم يأتِ في الكفارات[1].

والكفارةُ في القتل والظِّهَارِ واليمينِ مقدَّمةٌ علىٰ صدقة الفطر؛ لأنه عُرِفَ وجوبُها[2] بالقرآن، دونَ صدقة الفطر.

وصدقةُ الفطر مقدَّمةٌ علىٰ الأُضحية؛ للاتفاق علىٰ وجوبِها، والاختلافِ في الأضحية.

وعلىٰ هذا القياسِ: تُقدَّمُ بعضُ الواجبات علىٰ البعض.

قال: (وما ليس بواجبٍ: قُدِّمَ منه ما قدَّمَه الموصي)؛ لِمَا بيَّنَّا، وصار كما إذا صرَّحَ بذلك.

قالوا: إن الثلثَ يُقسَمُ علىٰ جميع الوصايا ما كان لله تعالىٰ وما كان للعبد.

جعلوا تقديم الزكاةَ علىٰ الحج قولَ محمد. اهـ، وينظر مقدمة اللكنوي علىٰ الهداية ٢/٤.

(١) ينظر لهذه الأحاديث: الدراية ٢/٢٩١.

(٢) أي وجوب الكفارات الثلاثة.

ومَن أوصىٰ بحَجَّةِ الإسلامِ : أَحَجُّوا عنه رجلاً من بلدِه، يَحُجُّ راكباً.

فإن لم تَبلُغِ الوصيةُ النفقةَ : أحجُّوا عنه من حيثُ تَبلُغ.

ومَن خَرَجَ من بلدِه حاجّاً، فمات في الطريق، وأوصىٰ أنْ يُحَجَّ عنه : يُحَجُّ عنه من بلدِه عند أبي حنيفة رحمه الله.

فما أصابَ القُرَبَ: صُرِفَ إليها علىٰ الترتيب الذي ذكرناه.

ويُقسَمُ علىٰ عدد القُرَبِ، ولا يُجعَلُ الجميعُ كوصيةٍ واحدةٍ؛ لأنه إنْ كان المقصودُ بجميعِها رضا الله تعالىٰ: فكلٌّ واحدةٍ في نفسِها مقصودةٌ، فتنفردُ كما تنفردُ وصايا الآدميين.

قال: (ومَن أوصىٰ بحَجَّةِ الإسلامِ: أَحَجُّوا عنه رجلاً من بلدِه، يَحُجُّ راكباً)؛ لأنَّ الواجبَ لله تعالىٰ الحجُّ من بلدِه، ولهذا يُعتبَرُ فيه من المالِ ما يكفيه من بلدِه، والوصيةُ لأداء ما هو الواجبُ عليه.

وإنما قال: راكباً: لأنه لا يلزمُه أن يَحَجَّ ماشياً، فانصرف إليه علىٰ الوجه الذي وَجَبَ عليه.

قال: (فإن لم تَبلُغِ الوصيةُ النفقةَ: أحجُّوا عنه من حيثُ تَبلُغ).

وفي القياس: لا يُحَجُّ عنه؛ لأنه أَمَرَ بالحجةِ علىٰ صفةٍ عَدِمْناها فيه، غيرَ أنَّا جوَّزْناه؛ لأنا نعلمَ أنَّ الموصي قَصَدَ تنفيذَ الوصيةِ، فيجبُ تنفيذُها ما أمكنَ، والممكنُ فيه: ما ذكرناه، وهو أَوْلىٰ من إبطالِها رأساً، وقد فرَّقْنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل.

قال: (ومَن خَرَجَ من بلدِه حاجّاً، فمات في الطريق، وأوصىٰ أنْ يُحَجَّ عنه: يُحَجُّ عنه من بلدِه عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهو قولُ زفر رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يُحَجُّ عنه من حيث بَلَغَ .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يُحَجُّ عنه من حيث بَلَغَ)؛ استحساناً.

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا مات الحاجُّ عن غيرِه في الطريق.

لهما: أن السفرَ بنية الحجِّ: وَقَعَ قُرْبةً، وسقط فرضُ قَطْعِ المسافةِ بقَدْرِه، وقد وَقَعَ أجرُه علىٰ الله تعالىٰ، فيُبْتَدأُ من ذلك المكان، كأنه من أهله.

بخلاف سفر التجارة؛ لأنه لم يقعْ قُربةً، فيُحَجُّ عنه من بلده.

وله: أن الوصيةَ تنصرِفُ إلىٰ الحجِّ من بلده، علىٰ ما قرَّرْناه؛ أداءً للواجب علىٰ الوجهِ الذي وَجَبَ عليه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
الوصية للأقارب وغيرهم

ومَن أوصىٰ لجيرانِه : فهم الملاصِقون عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : همُ الملاصقون وغيرُهم ممَّن يَسكُنُ مَحَلَّةَ الموصي .

باب
الوصية للأقارب وغيرِهم

قال: (ومَن أوصىٰ لجيرانِه: فهم الملاصِقون عند أبي حنيفة رحمه الله)، وزفر رحمه الله.

(وقالا: همُ الملاصقون وغيرُهم ممَّن يَسكُنُ مَحَلَّةَ الموصي)، ويجمَعُهم مسجدُ المَحَلَّة، وهذا استحسانٌ.

وقولُه رحمه الله قياسٌ؛ لأنَّ الجارَ: من المجاورَة، وهي الملاصقةُ حقيقةً، ولهذا تُستَحَقُّ الشفعةُ بهذا الجوار.

ولأنه لَمَّا تعذَّر صَرْفُه إلىٰ الجميع: يُصرَفُ إلىٰ أخصِّ الخصوص، وهو الملاصِقُ.

وجهُ الاستحسان: أن هؤلاء كلَّهم يُسمَّوْن جيراناً عُرْفاً.

وقد تأيَّد بقولِه صلىٰ الله عليه وسلم: «لا صلاةَ لجارِ المسجد إلا في

. . . .

المسجدِ»[١]، وفسَّرَه[٢] بكلِّ مَن سَمِعَ النداءَ.

ولأن المَقْصودَ: بِرُّ الجيران، واستحبابُه يَنتظِمُ الملاصِقَ وغيرَه، إلا أنه لا بدَّ من الاختلاط، وذلك عند اتحاد المسجد.

وما قاله الشافعيُّ[٣] رحمه الله: الجِوَارُ إلىٰ أربعينَ داراً: بعيدٌ، وما يُروىٰ فيه: ضعيفٌ[٤].

قالوا: ويستوي فيه الساكنُ والمالكُ، والذَّكَرُ والأنثىٰ، والمسلمُ والذميُّ؛ لأن اسمَ: الجار: يتناولُهم.

---

(١) سنن الدارقطني (١٥٥٣)، المستدرك للحاكم (٨٩٨)، قال في التلخيص الحبير ٣١/٢: ضعيفٌ، ليس له إسناد ثابت. اهـ، وينظر التعريف والإخبار ١٦٥/٤.

(٢) قال في البناية ٣٤٠/١٦: قال تاج الشريعة: وفسَّره: أي النبي صلىٰ الله عليه وسلم، قلت ـ العيني ـ: هذا غريبٌ منه، وكيف يقال: وفسَّره النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: والحديثُ لم يصح عنه صلىٰ الله عليه وسلم، ولئن سلَّمنا أنه صحَّ: فلم يُفسِّره النبي صلىٰ الله عليه وسلم هكذا، وإنما فسَّره علي بن أبي طالب رضي الله عنه فيما روي عنه موقوفاً عليه، وهو فسَّر حديثَ نفسِه حين سئل، والمصنِّفُ ما أسند الحديث إلىٰ علي رضي الله عنه، ولو قال المصنِّف رحمه الله: وفُسِّر: علىٰ صيغة المجهول: لكان أصوب، علىٰ ما لا يخفىٰ. اهـ

(٣) النجم الوهاج ٢٧٩/٦.

(٤) مسند أبي يعلىٰ (٥٩٨٢)، المعجم الكبير (١٤٣)، وينظر لبيان ضعفه التعريف والإخبار ١٦٥/٤، الدراية ٢٩٣/٢، البناية ٣٤١/١٦.

ومَن أوصىٰ لأصهاره : فالوصيةُ لكلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امرأته .

ويدخلُ فيه العبدُ الساكنُ عنده؛ لإطلاقه، ولا يدخلُ عندهما؛ لأن الوصيةَ له: وصيةٌ لمولاه، وهو غيرُ ساكِنٍ.

قال: (ومَن أوصىٰ لأصهاره: فالوصيةُ لكلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امرأته)؛ لِمَا رُوِيَ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام لَمَّا تزوَّج صفيَّةَ رضي الله عنها: أعتق كلَّ مَن مَلَكَ من ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها[1]؛ إكراماً لها.

وكانوا يُسمَّوْن أصهارَ النبيِّ عليه الصلاة والسلام.

وهذا التفسيرُ اختيارُ محمدٍ وأبي عبيدٍ رحمهما الله[2].

وكذا يدخلُ فيه: كلُّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من زوجةِ أبيه، وزوجةِ ابنِه، وزوجةِ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه؛ لأن الكلَّ أصهارٌ.

ولو مات الموصي والمرأةُ في نكاحِه، أو في عِدَّته من طلاقٍ رجعيٍّ: فالصهرُ يَستحِقُّ الوصيةَ.

---

(١) المشهور أن القصة وقعت لجُويرية بنت الحارث، كما أخرج ذلك ابن إسحاق بإسناد صحيح، ينظر الدراية ٢/٢٩٤، وينظر البناية ١٦/٣٤٢.

(٢) والمراد: الإمام محمد بن الحسن، والإمام أبو عبيد القاسم بن سلاَّم، تلميذُ محمد بن الحسن، وهو من أكبر الأئمة المشهورين في اللغة والحديث والفقه، صاحب كتاب: غريب الحديث، والغريب المصنَّف، المتوفىٰ سنة ٢٢٤هـ.

وقول محمدٍ حُجَّةٌ في اللغة، وقد استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث، وينظر البناية ١٦/٣٤٣.

ومَن أوصىٰ لأختانِه: فالوصيةُ لزوجِ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، وكذا مَحَارِمُ الأزواجِ.

ومَن أوصىٰ لأقاربِه: فهي للأقربِ فالأقربِ مِن كلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، ولا يدخلُ فيهم الوالدان والولدُ.

وإن كانت في عِدَّةٍ من طلاقٍ بائنٍ: لا يَستحِقُّها؛ لأن بقاءَ الصِّهْرِيَّةِ ببقاء النكاح، وهو شَرْطٌ وقت[1] الموت.

قال: (ومَن أوصىٰ لأختانه: فالوصيةُ لزوجِ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، وكذا مَحَارِمُ الأزواج)؛ لأنَّ الكلَّ يُسمَّىٰ خَتَناً.

قيل: هذا في عُرْفهم، وفي عُرْفنا: لا يتناولُ إلا أزواجَ[2] المَحارِم.

ويستوي فيه الحرُّ والعبدُ، والأقربُ والأبعدُ؛ لأن اللفظَ يتناولُ الكلَّ.

قال: (ومَن أوصىٰ لأقاربِه: فهي للأقربِ فالأقربِ مِن كلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه)؛ لأن الكلَّ يُسمَّىٰ قريباً[3].

قال: (ولا يدخلُ فيهم[4] الوالدان والولدُ.

---

(١) وفي نُسخ: عند.

(٢) جاء هنا خطأً في طبعات الهداية القديمة كما يلي: لا يتناول الأزواج.

(٣) جملة: لأن الكل يسمىٰ قريباً: مثبتةٌ في نسخة ٦٠٥هـ، و١٠٣٣هـ، و١٠٣٨هـ، وقد سقطت من نُسخ كثيرة، كما سقطت من طبعات الهداية القديمة.

(٤) هكذا: فيهم: في النُّسخ الخطية النفيسة من مختصر القدوري، والنقل عنه، وكذلك في بداية المبتدي ص٧٢٥، لكن في نُسخ الهداية: فيه. ومحمله: في هذا اللفظ.

ويكونُ ذلك للاثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال صاحباه: الوصيةُ لكلِّ مَن يُنسَبُ إلىٰ أقصىٰ أبٍ له في الإسلام.

ويكونُ ذلك للاثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال صاحباه: الوصيةُ لكلِّ مَن يُنسَبُ إلىٰ أقصىٰ أبٍ له في الإسلام).

وهو أوَّلُ أبٍ أسلَمَ، أو أوَّلُ أبٍ أدركَ الإسلامَ وإن لم يُسلِمْ، علىٰ حَسَبِ ما اختَلَفَ فيه المشايخُ رحمهم الله.

وفائدةُ الاختلافِ: تظهرُ في أولادِ أبي طالبٍ[1]، فإنه أدرك الإسلامَ، ولم يُسْلِم.

لهما: أن القريبَ مشتَقٌّ من: القرابة، فيكونُ اسماً لمَن قامتْ به، فينتظمُ بحقيقته مواضعَ الخلاف.

وله: أن الوصيةَ أختُ الميراث، وفي الميراثِ: يُعتبرُ الأقربُ فالأقربُ، والمرادُ بالجمع المذكورِ فيه[2]: اثنان، فكذا في الوصية.

والمَقصودُ[3] من هذه الوصية: تلافي ما فَرَّطَ في إقامة واجِبِ الصلةِ، وهو يَختَصُّ بذي الرَّحِمِ المَحْرَم منه.

ولا يدخلُ فيه قَرَابةُ الوِلادِ، فإنهم لا يُسمَّوْن أقرباءَ.

---

(١) عمِّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وينظر لصور المسألة البناية ١٦/٣٤٥.

(٢) أي في الميراث.

(٣) وفي نُسخ: والمقصد.

وإذا أوصىٰ لأقاربِه، وله عَمَّانِ وخالانِ : فالوصيةُ لعمَّيْه عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولو تَرَكَ عمّاً وخالَيْن : فللعَمِّ نصفُ الوصيةِ، والنصفُ للخالَيْن.

ومَن سمَّىٰ والدَه: قريباً: كان منه عقوقاً.

وهذا لأن القريبَ في عُرْف اللسان: مَن يَتقرَّبُ إلىٰ غيرِه بوسيلة غيرِه، وتَقرُّبُ الوالدِ والولد بنفسه، لا بغيره.

ولا معتبرَ بظاهر اللفظِ بعدَ انعقادِ الإجماعِ علىٰ تَرْكِه.

فعنده: يُقيَّدُ بما ذَكَرْناه، وعندهما: بأقصىٰ أبٍ في الإسلام.

وعندَ الشافعيِّ رحمه الله: بالأبِ الأدنىٰ[1].

قال: (وإذا أوصىٰ لأقاربِه، وله عَمَّانِ وخالانِ: فالوصيةُ لعمَّيْه عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ اعتباراً للأقرب، كما في الإرث.

وعندهما: هي بينهم أرباعاً، إذ هما لا يَعتبِران الأقربَ.

قال: (ولو تَرَكَ عمّاً وخالَيْن: فللعَمِّ نصفُ الوصيةِ، والنصفُ للخالَيْن)؛ لأنه لا بدَّ من اعتبار معنىٰ الجمع، وهو الاثنان في الوصيةِ، كما في الميراث.

بخلاف ما إذا أوصىٰ لذي قرابته، حيث يكون للعمِّ كلُّ الوصية؛ لأن اللفظَ للفرد، فيُحْرِزُ الواحدُ كلَّها؛ إذْ هو الأقربُ.

---

(١) أي الأب الحقيقي الذي يُنسب إليه. التهذيب ٧٨/٥.

ولو كان له عمٌّ واحدٌ : فله نصفُ الثلثِ.

ولو تَرَكَ عمّاً وعمَّةً، وخالاً وخالةً : فالوصيةُ للعمِّ والعمَّةِ بينهما بالسويَّة.

ومَن أوصىٰ لأهلِ فلانٍ : فهي علىٰ زوجتِه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقالا : تتناولُ كلَّ مَن يَعولُهم، وتضمُّهم نفقتُه.

قال: (ولو كان له عمٌّ واحدٌ: فله نصفُ الثلثِ)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ولو تَرَكَ عمّاً وعمَّةً، وخالاً وخالةً: فالوصيةُ للعمِّ والعمَّةِ بينهما بالسويَّة)؛ لاستواءِ قرابتِهما، وهي[1] أقوىٰ.

والعمَّةُ وإن لم تكن وارثةً: فهي مستَحِقَّةٌ للوصية كما لو كان القريبُ رقيقاً أو كافراً.

وكذا إذا أوصىٰ لذوي قرابتِه، أو لأقربائه، أو لأنسبائه في جميع ما ذَكَرْنا؛ لأن كلَّ ذلك لفظُ جَمْعٍ.

ولو انعدَمَ المَحْرَمُ: بطلتِ الوصيةُ؛ لأنها مقيَّدةٌ بهذا الوصف.

قال: (ومَن أوصىٰ لأهلِ فلانٍ: فهي علىٰ زوجتِه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقالا: تتناولُ كلَّ مَن يَعولُهم، وتضمُّهم نفقتُه)؛ اعتباراً للعُرْف.

وهو مؤيَّدٌ بالنصِّ، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ ﴾. يوسف/٩٣.

---

(١) أي قرابة العمومة أقوىٰ من قرابة الخؤولة.

ولو أوصىٰ لآلِ فلانٍ : فهو لأهل بيتِه.

ولو أوصىٰ لأهل بيتِ فلانٍ : يَدخلُ فيه أبوه، وجدُّه.

ولو أوصىٰ لأيتامِ بني فلانٍ، أو لعُمْيانِهم، أو لزَمْناهُم، أو لأرامِلِهم : إن كانوا قوماً يُحصَوْنَ : دَخَلَ في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم، ذكورُهم وإناثُهم.

وله[1]: أن اسمَ الأهلِ حقيقةٌ في الزوجة، يشهَدُ بذلك قولُه تعالىٰ: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾. القصص/٢٩.

ومنه قولُهم: تأهَّلَ ببلدة كذا، والمطلَقُ ينصرِفُ إلىٰ الحقيقة.

قال: (ولو أوصىٰ لآلِ فلانٍ: فهو لأهل بيتِه)؛ لأن الآلَ: القبيلةُ التي يُنسَبُ إليها.

قال: (ولو أوصىٰ لأهل بيتِ فلانٍ: يَدخلُ فيه أبوه، وجدُّه)؛ لأن الأبَ أصلُ البيت.

ولو أوصىٰ لأهل نسبِه، أو لجنسِه: فالنسبُ عبارةٌ عمَّن يُنسَبُ إليه، والنسبُ يكون من جهة الآباء.

وجنسُه: أهلُ بيتِ أبيه، دون أُمِّه؛ لأن الإنسانَ يتجنَّسُ بأبيه، بخلاف قرابتِه، حيث تكونُ من جانب الأب والأُمِّ.

قال: (ولو أوصىٰ لأيتامِ بني فلانٍ، أو لعُمْيانِهم، أو لزَمْناهُم، أو لأرامِلِهم: إن كانوا قوماً يُحصَوْنَ: دَخَلَ في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم، ذكورُهم وإناثُهم)؛ لأنه أمكنَ تحقيقُ التمليكِ في حقِّهم، والوصيةُ تمليكٌ.

---

(١) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

وإن كانوا لا يُحصَوْن : فالوصيةُ في الفقراء منهم.

بخلاف ما إذا أوصىٰ لشُبَّانِ بني فلانٍ، وهم لا يُحصَوْنَ، أو لأيامىٰ بني فلانٍ، وهم لا يُحصَوْنَ : حيث تبطلُ الوصيةُ.

ولو أوصىٰ لبني فلانٍ : يَدخلُ فيهمُ الإناثُ في قولِ أبي حنيفة . . . . .

قال: (وإن كانوا لا يُحصَوْن: فالوصيةُ في الفقراء منهم)؛ لأن المقصودَ من الوصيةِ: القُربةُ، وهي في سَدِّ الخَلَّة، ورَدِّ الجَوْعة، وهذه الأسامي تُشعِرُ بتحقُّقِ الحاجة، فجاز حَمْلُه علىٰ الفقراء.

قال: (بخلاف ما إذا أوصىٰ لشُبَّانِ بني فلانٍ، وهم لا يُحصَوْنَ، أو لأيامىٰ[1] بني فلانٍ، وهم لا يُحصَوْنَ: حيث تبطلُ الوصيةُ).

لأنه ليس في اللفظ ما يُنبِئُ عن الحاجة، فلا يُمكنُ صَرْفُه إلىٰ الفقراء، ولا يُمكنُ تصحيحُه تمليكاً في حقِّ الكلِّ؛ للجهالة المتفاحِشةِ، وتعذُّرِ الصرف إليهم.

وفي الوصيةِ للفقراء والمساكين: يجبُ الصرفُ إلىٰ اثنين منهم[2]؛ اعتباراً لمعنىٰ الجمع، وأقلُّه اثنان في الوصايا، علىٰ ما مرَّ.

قال: (ولو أوصىٰ لبني فلانٍ: يَدخلُ فيهمُ الإناثُ في قولِ أبي حنيفة

---

(١) الأيامىٰ: جمع: أَيِّم، وهي التي لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيباً. البناية ١٦/٣٥٣.

(٢) قال في البناية ١٦/٣٥٤: لم يذكر المصنف فيه الخلافَ، فينبغي أن يكون هذا علىٰ قول محمدٍ رحمه الله، وعندهما: يجوز أن يدفعه كله إلىٰ فقير واحد. اهـ

رحمه الله أوَّلِ قولَيْه، وهو قولُهما؛ لأن جَمْعَ الذُّكور يتناولُ الإناثَ، ثم رَجَعَ، وقال: يتناولُ الذكورَ خاصةً

ومَن أوصىٰ لولدِ فلانٍ: فالوصيةُ بينهم، والذكرُ والأنثىٰ فيه سواءٌ.

ومَن أوصىٰ لورثة فلانٍ: فالوصيةُ بينهم للذَّكَر مثلُ حَظِّ الأُنثيَيْن.

ومَن أوصىٰ لمواليه، وله مَوَالٍ أعتَقَهم، ومَوَالٍ أعتقوه: فالوصيةُ باطلةٌ.

رحمه الله أوَّلِ قولَيْه[1]، وهو قولُهما؛ لأن جَمْعَ الذُّكور يتناولُ الإناثَ، ثم رَجَعَ، وقال: يتناولُ الذكورَ خاصةً)[2]؛ لأن حقيقةَ الاسمِ للذُّكور، وانتظامُه للإناث تجوُّزٌ، والكلامُ لحقيقته.

بخلاف ما إذا كان بنو فلانٍ اسمَ قبيلةٍ، أو فَخِذٍ، حيث يتناولُ الذكورَ والإناثَ؛ لأنه ليس يُرادُ بها أعيانُهم، إذ هو مجردُ الانتسابِ، كبني آدم، ولهذا يدخلُ فيه مولىٰ العَتاقة، والموالاةِ، وحُلَفاؤهم.

قال: (ومَن أوصىٰ لولدِ فلانٍ: فالوصيةُ بينهم، والذكرُ والأنثىٰ فيه سواءٌ)؛ لأن اسمَ الولدِ ينتظمُ الكلَّ انتظاماً واحداً.

قال: (ومَن أوصىٰ لورثة فلانٍ: فالوصيةُ بينهم للذَّكَر مثلُ حَظِّ الأُنثيَيْن)؛ لأنه لَمَّا نَصَّ علىٰ لفظ: الورثة: آذَنَ ذلك بأن قَصْدَه التفضيلُ؛ كما في الميراث.

قال: (ومَن أوصىٰ لمواليه، وله مَوَالٍ أعتَقَهم، ومَوَالٍ أعتقوه: فالوصيةُ باطلةٌ).

---

(١) وفي نُسخ: أول قوله.

(٢) هذه المسألة مثبتةٌ علىٰ أنها من متن بداية المبتدي في نسخة ١٠٨٢هـ.

ولو أوصىٰ لمواليه : فالوصيةُ جائزةٌ، ويَدخلُ في هذه الوصية : مَن أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخلُ مدبَّروه، وأمهاتُ أولادِه.

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنهم يدخلون.

وقال الشافعيُّ رحمه الله في بعض كُتُبِه[1]: إنَّ الوصية لهم جميعاً، وذَكَرَ في موضعٍ آخَرَ: أنه تُوقَفُ حتىٰ يُصالِحوا.

له: أن الاسمَ يتناولُهم؛ لأن كلاً منهم يُسمَّىٰ مولىً، فصار كالإخوة.

ولنا: أن الجهةَ مختلِفةٌ؛ لأن أحدَهما يُسمَّىٰ: مولىٰ النعمة، والآخَرَ[2]: مُنعَمٌ عليه، فصار مشتركاً، فلا يَنتظمُهما لفظٌ واحدٌ في موضع الإثبات.

بخلاف ما إذا حَلَفَ: لا يُكلِّمُ مواليَ فلانٍ: حيث يتناولُ الأعلىٰ والأسفلَ؛ لأنه مقامُ النفي، ولا تنافيَ فيه.

قال: (ولو أوصىٰ لمواليه: فالوصيةُ جائزةٌ، ويَدخلُ في هذه الوصية: مَن أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخلُ مدبَّروه، وأمهاتُ أولادِه)؛ لأن عِتْقَ هؤلاء يثبتُ بعد الموت، والوصيةُ تُضافُ إلىٰ حالة الموتِ، فلا بدَّ من تحقُّقِ الاسمِ قبلَه.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنهم يدخلون)؛ لأنَّ سببَ الاستحقاقِ لازمٌ.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) وهو المعتَق، بفتح التاء.

ويَدخلُ فيه عبدٌ قال له مولاه : إن لم أضرِبْكَ فأنتَ حُرٌّ .

ولو كان له مَوَالٍ، وأولادُ مَوَالٍ، وموالِيَ مُوَالاةٍ : يَدخلُ فيها معتَقوه وأولادُهم، دونَ موالِي الموالاة.

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنهم يدخلون أيضاً، والكلُّ شركاءُ .

ولو كان له معتَقٌ واحدٌ، وموالي الموالي : فالنصفُ لمُعتَقه، والباقي للورثة .

قال: (ويَدخلُ فيه عبدٌ قال له مولاه: إن لم أضرِبْكَ فأنتَ حُرٌّ)؛ لأن العتقَ يثبتُ فيه قُبَيْلَ الموت عند تحقُّقِ عَجْزِه.

قال: (ولو كان له مَوَالٍ، وأولادُ مَوَالٍ، وموالِيَ مُوَالاةٍ: يَدخلُ فيها معتَقوه وأولادُهم، دونَ موالِي الموالاة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنهم يدخلون أيضاً، والكلُّ شركاءُ)؛ لأن الاسمَ يتناولُهم علىٰ السواء.

ومحمدٌ رحمه الله يقولُ: الجهةُ مختلِفةٌ: في المعتَقِ: الإنعامُ، وفي المَوالي: عقدُ الالتزام، والإعتاقُ لازمٌ، فكان الاسمُ له أحقَّ.

ولا يَدخلُ فيهم موالي الموالي؛ لأنهم موالي غيرِه حقيقةً.

بخلاف مواليه وأولادِهم؛ لأنهم يُنسَبون إليه بإعتاقٍ وُجِدَ منه.

وبخلافِ ما إذا لم يكن له مَوَالٍ، ولا أولادُ الموالي؛ لأن اللفظَ لهم مجازٌ، فيُصرَفُ إليه عند تعذُّر اعتبارِ الحقيقة.

قال: (ولو كان له معتَقٌ واحدٌ، وموالي الموالي: فالنصفُ لمُعتَقه، والباقي للورثة) ؛ لتعذُّر الجمعِ بين الحقيقةِ والمجاز.

ولا يدخلُ فيه مَوَالٍ أعتقهم ابنُه أو أبوه.

قال: (ولا يدخلُ فيه[١] مَوَالٍ أعتقهم ابنُه أو أبوه)؛ لأنهم ليسوا بمواليه، لا حقيقةً ولا مجازاً.

وإنما يُحرِزُ ميراثَهم بالعصوبة[٢].

بخلافِ مُعتَقِ المعتَقِ[٣]؛ لأنه يُنسَبُ إليه بالوَلاء، والله أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي في قوله: إذا أوصىٰ لمواليه. البناية ١٦/٣٦١.

(٢) هذا جوابٌ عما روي عن أبي يوسف، أن مواليَ أبيه تدخل إذا مات أبوه، وورث ولاءَهم؛ لأنهم مواليه حكماً، ولهذا يُحرِزُ ميراثَهم، وبيانُه: أن إحرازه الميراثَ ما كان لكونه مولىً لهم، لكن الشرع أقام عصبةَ المعتق مقامَ المعتق في حق الميراث؛ لأن الولاء كالنسب لا يورَث. البناية ١٦/٣٦١.

(٣) وفي نُسخ: معتق البعض. ينظر البناية ١٦/٣٦٢ لبيان اختلاف الشرَّاح في الصواب من ذلك، وتوجيه كل قول.

باب

الوصية بخِدْمة العبد والسُّكنىٰ والثَّمَرَة

وتجوزُ الوصيةُ بخِدْمة عبدِه، وسُكْنىٰ دارِه سنينَ معلومةً، وتجوزُ بذلك أبداً .

باب

الوصية بخِدْمة العبد والسُّكنىٰ والثَّمَرَة(١)

قال: (وتجوزُ الوصيةُ بخِدْمة عبدِه، وسُكْنىٰ دارِه سنينَ معلومةً، وتجوزُ بذلك أبداً)؛ لأن المنافعَ يصحُّ تمليكُها في حالة الحياةِ، ببدلٍ وغير بدلٍ، فكذا بعد الممات؛ لحاجتِه كما في الأعيان.

ويكونُ(٢) محبوساً علىٰ مِلْكِه(٣) في حَقِّ المنفعة حتىٰ يتملَّكَها الموصىٰ له علىٰ ملكِه(٤)، كما يستوفي الموقوفُ عليه منافعَ الوقفِ علىٰ حُكْمِ ملك الواقف.

وتجوزُ(٥) مؤقَّتاً ومؤبَّداً، كما في العارية، فإنها تمليكُ المنافع؛ علىٰ أصلنا.

---

(١) هكذا جاء العنوان بهذه الصياغة في نسخة ٦٠٥هـ، وفي بقية النسخ: الوصية بالسكنىٰ والخدمة والثمرة.

(٢) أي هذا الذي أوصىٰ به من العبد وخدمته، والدار وسكناها.

(٣) أي ملك الموصي.

(٤) أي ملك الموصي.

(٥) وتجوز الوصية بهذه الأشياء حال كون الإيصاء مؤقتاً أو مؤبداً.

فإن خَرَجَتْ رَقَبَةُ العبدِ من الثلثِ : يُسلَّمُ إليه ليخدُمَه .

وإن كان لا مالَ له غيرُه : خَدَمَ الورثةَ يومَيْن ، والموصىٰ له يوماً .

بخلافِ الوصيةِ بسُكْنىٰ الدارِ إذا كانت لا تَخرجُ من الثلث ، حيث تُقسَمُ عينُ الدار أثلاثاً للانتفاع .

بخلاف الميراثِ؛ لأنه خلافةٌ فيما يتملَّكُه المورِّثُ، وذلك في عينٍ تبقىٰ، والمنفعةُ عَرَضٌ لا يَبقىٰ.

وكذا الوصيةُ بغَلَّة العبدِ والدارِ؛ لأنه بدلُ المنفعة، فأَخَذَ حُكمَها، والمعنىٰ يَشمَلُهما.

قال: (فإن خَرَجَتْ رَقَبَةُ العبدِ من الثلثِ: يُسلَّمُ إليه ليخدُمَه)؛ لأن حقَّ الموصىٰ له في الثلثِ، لا تُزاحِمُه الورثةُ.

قال: (وإن كان لا مالَ له غيرُه: خَدَمَ الورثةَ يومَيْن، والموصىٰ له يوماً)؛ لأن حَقَّه: في الثلث، وحَقَّهم: في الثلثَيْن، كما في الوصية في العَيْن، ولا يُمكِنُ قسمةُ العبد أجزاءً؛ لأنه لا يتجزَّأ، فصِرْنا إلىٰ المهايأة؛ إيفاءً للحَقَّيْن.

قال: (بخلافِ الوصيةِ بسُكْنىٰ الدارِ إذا كانت لا تَخرجُ من الثلث، حيث تُقسَمُ عينُ الدار أثلاثاً للانتفاع) ؛ لأنه يُمكنُ القسمةُ بالأجزاء، وهو أعدلُ للتسوية بينهما زماناً وذاتاً[1]، وفي المهايأة: تقديمُ أحدِهما زماناً.

---

(١) أي نفس الدار.

ولو اقتسموا الدارَ مهايأةً من حيث الزمانُ : تجوز أيضاً .

فإن كان مات الموصىٰ له : عاد إلىٰ الورثة .

ولو مات الموصىٰ له في حالِ حياةِ الموصي : بطلت الوصية .

ولو أوصىٰ بغَلَّة عبدِه أو دارِه، فاستخدمه بنفسه، أو سكَنَها بنفسه : . .

قال: (ولو اقتسموا الدارَ مهايأةً من حيث الزمانُ: تجوز أيضاً)؛ لأن الحَقَّ لهم، إلا أن الأولَ وهو الأعدلُ أَوْلىٰ.

وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ لهم ذلك؛ لأنه خالصُ ملكِهم.

وجهُ الظاهر: أن حَقَّ الموصىٰ له ثابتٌ في سكنىٰ جميع الدار، بأن ظَهَرَ للميت مالٌ آخَرُ، وتَخرجُ الدارُ من الثلث.

وكذا له حَقُّ المزاحَمَةِ فيما في أيديهم إذا خَرِبَ ما في يده، والبيعُ يتضمَّنُ إبطالَ ذلك، فمُنِعُوا عنه.

قال: (فإن كان مات الموصىٰ له: عاد إلىٰ الورثة)؛ لأنَّ الموصي أوجب الحقَّ للموصىٰ له ليستوفيَ المنافعَ علىٰ حُكْمِ ملكِه.

فلو انتقل إلىٰ وارثِ الموصىٰ له: استحقَّها ابتداءً من ملك الموصي من غير مَرضاته، وذلك لا يجوز.

قال: (ولو مات الموصىٰ له في حالِ حياةِ الموصي: بطلت الوصية)؛ لأن إيجابَها تعلَّقَ بالموت، علىٰ ما بيَّنَّاه من قبل.

قال: (ولو أوصىٰ بغَلَّة عبدِه أو دارِه، فاستخدمه بنفسه، أو سكَنَها بنفسه:

قيل: يجوز ذلك.

والأصحُّ: أنه لا يجوز.

وليس للموصَىٰ له بالخدمة والسُّكْنىٰ أن يؤاجِرَ العبدَ أو الدارَ.

بخلاف العاريةِ.

قيل: يجوز ذلك)؛ لأن قيمةَ المنافع كعينها في تحصيل المقصود.

(والأصحُّ: أنه لا يجوز)؛ لأن الغَلَّةَ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد وجَبَتِ الوصيةُ بها، وهذا استيفاءُ المنافعِ، وهما متغايران ومتفاوتان في حَقِّ الورثة، فإنه لو ظَهَرَ دَيْنٌ: يُمكِنُهم أداؤه من الغَلَّة بالاسترداد منه بعد استغلالها، ولا يُمكنُهم من المنافع بعد استيفائها بعَيْنها.

قال: (وليس للموصَىٰ له بالخدمة والسُّكْنىٰ أن يؤاجِرَ العبدَ أو الدارَ).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: له ذلك؛ لأنه بالوصية مَلَكَ المنفعةَ، فيملِكُ تمليكَها من غيرِه، ببدلٍ وغيرِ بدلٍ؛ لأنها كالأعيان عنده.

(بخلاف العاريةِ)؛ لأنها إباحةٌ علىٰ أصله، وليست[2] بتمليك.

ولنا: أن الوصيةَ تمليكٌ بغير بدلٍ مضافٌ إلىٰ ما بعد الموت، فلا يَملِكُ تمليكَه ببدلٍ؛ اعتباراً بالإعارة، فإنها تمليكٌ بغير بدل في حالة الحياة، علىٰ أصلنا، ولا يَملكُ المستعيرُ الإجارةَ؛ لأنها تمليكٌ ببدل، كذا هذا.

---

(١) الحاوي الكبير ٨/٢٢٠.

(٢) وفي النسخ: ليس. بالتذكير.

وليس للموصىٰ له أن يُخرِجَ العبدَ من الكوفة، إلا أنْ يكونَ الموصىٰ له وأهلُه في غيرِ الكوفة، فيُخرِجُه إلىٰ أهلِه؛ للخدمة هنالك إذا كان يَخرجُ من الثلث.

وتحقيقُه: أن التمليكَ ببدلٍ: لازمٍ، وبغيرِ بدلٍ: غيرِ لازمٍ، ولا يُملَكُ الأقوىٰ بالأضعف، والأكثرُ بالأقلِّ، والوصيةُ تبرُّعٌ غيرُ لازمٍ، إلا أن الرجوعَ للمتبرِّعِ، لا لغيره، والمتبرِّعُ بعد الموت لا يُمكِنُه الرجوعُ، فلهذا انقطع، أما هو في وَضْعِه: فغيرُ لازمٍ.

ولأن المنفعةَ ليست بمالٍ، علىٰ أصلنا، وفي تمليكِها بالمال: إحداثُ صفةِ الماليةِ فيها؛ تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، فإنما تثبتُ هذه الولايةُ لمَن يَملِكُها تَبَعاً لمِلْكِ الرقبة، أو لمَن يَملِكُها بعقد المعاوضة، حتىٰ يكونُ مُمَلِّكاً لها بالصفة التي تملَّكها.

أما إذا تملَّكها مقصودةً بغير عوضٍ، ثم مَلَكَها بعوضٍ: كان مملِّكاً أكثرَ مما تملَّكَه معنىً، وهذا لا يجوز.

قال: (وليس للموصىٰ له أن يُخرِجَ العبدَ من الكوفة، إلا أنْ يكونَ الموصىٰ له وأهلُه في غيرِ الكوفة، فيُخرِجُه إلىٰ أهلِه؛ للخدمة هنالك إذا كان يَخرجُ من الثلث) ؛ لأن الوصيةَ إنما تُنفَّذُ علىٰ ما يُعرَفُ من مقصودِ الموصي.

فإذا كانوا في مصره: فمقصودُه أن يُمكِّنَه من خدمتِه فيه، بدون أن تَلزمَه مشقةُ السفر.

وإذا كانوا في غيرِ مِصره: فمقصودُه أن يَحمِلَ العبدَ إلىٰ أهلِه ليخدُمهم.

ولو أوصىٰ بغلَّة عبدِه أو بغلَّةِ داره : يجوزُ أيضاً.

ولو لم يكن له مالٌ غيرُه : كان له ثلثُ غَلَّةِ تلك السَّنَة.

ولو أوصىٰ له بخدمة عبدِه، ولآخَرَ برقبتِه، وهو يَخرجُ من الثلُثِ : فالرقبةُ لصاحب الرقبةِ، والخدمةُ عليها لصاحب الخدمة.

قال: (ولو أوصىٰ بغلَّة عبدِه أو بغلَّةِ داره: يجوزُ أيضاً)؛ لأنه بدلُ المنفعةِ، فأَخَذَ حُكْمَ المنفعةِ في جواز الوصية به، كيف وأنه عينٌ حقيقةً؛ لأنه دراهمُ أو دنانيرُ، فكان بالجواز أَوْلىٰ.

قال: (ولو لم يكن له مالٌ غيرُه: كان له ثلثُ غَلَّةِ تلك السَّنَة) ؛ لأنه عينُ مالٍ يَحتمِلُ القسمةَ بالأجزاء.

فلو أراد الموصىٰ له قسمةَ الدارِ بينه وبين الورثة؛ ليكون هو الذي يستغلُّ ثُلُثَها: لم يكن له ذلك، إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله، فإنه يقول: الموصَىٰ له شريكُ الوارثِ، وللشريكِ ذلك، فكذلك للموصىٰ له.

إلا أنا نقولُ: المطالبةُ بالقسمة تُبتَنَىٰ علىٰ ثبوتِ الحقِّ للموصىٰ له فيما تُلاقيه القسمةُ، إذ هو الطالِبُ، ولا حَقَّ له في عَيْنِ الدار، وإنما حَقُّه في الغلَّةِ، فلا يَملكُ المطالبةَ بقسمة الدار.

قال: (ولو أوصىٰ له بخدمة عبدِه، ولآخَرَ برقبتِه، وهو يَخرجُ من الثلُثِ: فالرقبةُ لصاحب الرقبةِ، والخدمةُ عليها[1] لصاحب الخدمة)؛ لأنه أوجب لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً معلوماً، عطفاً منه لأحدهما علىٰ الآخَر، فتُعتبرُ هذه الحالة بحالة الانفراد.

---

(١) أي علىٰ رقبة العبد. البناية ١٦/ ٣٧٠، وحاشية سعدي نقلاً عن الإتقاني.

. . . .

ثم لَمَّا صحَّتِ الوصيةُ لصاحب الخدمة، فلو لم يُوْصِ في الرقبة بشيءٍ: لصارتِ الرقبةُ ميراثاً للورثة، مع كون الخدمة للموصىٰ له، فكذا إذا أوصىٰ بالرقبة لإنسانٍ آخَرَ، إذِ الوصيةُ أختُ الميراثِ من حيث إنَّ الملكَ يثبتُ فيهما بعد الموت.

ولها نظائرُ: وهو ما إذا أوصىٰ بأَمَةٍ لرجلٍ، وبما في بطنِها لآخَرَ، وهي تخرجُ من الثلث، أو أوصىٰ لرجلٍ بخاتَمٍ، ولآخَرَ بفَصِّه، أو قال: هذه القَوْصَرَّة[1] لفلانٍ، وما فيها من التمر لفلانٍ: كان كما أوصىٰ، ولا شيءَ لصاحب الظَّرْفِ في المظروف في هذه المسائل كلِّها.

أما إذا فَصَلَ أحدَ الإيجابَيْن عن الآخَر فيها: فكذلك الجوابُ عند أبي يوسف رحمه الله.

وعلىٰ قول محمدٍ رحمه الله: الأمةُ للموصَىٰ له بها، والولدُ بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها[2].

لأبي يوسف رحمه الله: أنَّ بإيجابه في الكلام الثاني تبيَّنَ أن مرادَه من الكلام الأول إيجابُ الأمةِ للموصىٰ له بها، دونَ الولد.

وهذا البيانُ منه صحيحٌ وإن كان مفصولاً؛ لأن الوصيةَ لا تُلزِمُ شيئاً في حال حياةِ الموصي، فكان البيانُ المفصولُ فيه والموصولُ: سواءً، كما في وصية الرقبة والخدمة.

---

(١) بتشديد الراء وتخفيفها: وعاء التمر، يُتَّخذ من القصب. البناية ١٦/٣٧١.

(٢) ينظر البناية ١٦/٣٧١ حيث اختُلف في توجيه الضمير.

ومَن أوصىٰ لآخَرَ بثمرةِ بستانِه، ثم مات وفيه ثمرةٌ: فله هذه الثمرةُ وحدَها.

وإن قال: له ثمرةُ بستاني أبداً: فله هذه الثمرةُ وثمرتُه فيما يَستقبِلُ ما عاش.

ولمحمد رحمه الله: أن اسمَ الخاتَمِ يتناولُ الحَلْقَة والفَصَّ.

وكذلك اسمُ الجارية يتناولُها وما في بطنِها، واسمُ القَوْصَرَّة كذلك.

ومن أصلِنا: أن العامَّ الذي موجَبُه ثبوتُ الحكم علىٰ سبيل الإحاطة: بمنزلة الخاصِّ، فقد اجتمع في الفَصِّ وصيَّتان، وكلٌّ منهما وصيةٌ بإيجابٍ علىٰ حِدَةٍ، فيُجعَلُ الفَصُّ بينهما نصفين، ولا يكونُ إيجابُ الوصية فيه للثاني: رجوعاً عن الأول، كما لو أوصىٰ بالخاتم للثاني.

بخلاف الخدمة مع الرقبة؛ لأن اسمَ الرقبةِ لا يتناولُ الخدمةَ، وإنما يستخدمُه الموصىٰ له بحكم أنَّ المنفعةَ حصلت علىٰ مِلْكِه، فإذا أوجب الخدمةَ لغيره: لا يبقىٰ للموصىٰ له فيه حقٌّ.

بخلاف ما إذا كان الكلامُ موصولاً؛ لأن ذلك دليلُ التخصيص أو الاستثناء، فتبيَّن أنه أوجب لصاحب الخاتَم الحَلْقَةَ خاصةً، دون الفَصِّ.

قال: (ومَن أوصىٰ لآخَرَ بثمرةِ بستانِه، ثم مات وفيه ثمرةٌ: فله هذه الثمرةُ وحدَها.

وإن قال: له ثمرةُ بستاني أبداً: فله هذه الثمرةُ وثمرتُه فيما يَستقبِلُ ما عاش.

وإن أوصىٰ له بغَلَّة بستانه : فله الغلَّةُ القائمةُ وغلَّتُه فيما يَستقبِلُ.

ومَن أوصىٰ لرجلٍ بصُوْفِ غنَمِه أبداً، أو بأولادِها، أو بلبَنِها، ثم مات : فله ما في بطونِها من الولدِ، وما في ضُرُوعها من اللَّبَن، وما علىٰ ظهورِها من الصوفِ يومَ يموتُ الموصي.

وإن أوصىٰ له بغَلَّة بستانِه: فله الغلَّةُ القائمةُ وغلَّتُه فيما يَستقبِلُ).

والفَرْقُ: أن الثمرةَ اسمٌ للموجود عُرْفاً، فلا يتناولُ المعدومَ إلا بدلالةٍ زائدةٍ، مثلُ التنصيصِ علىٰ الأبد؛ لأنه لا يتأَبَّدُ إلا بتناول المعدومِ، والمعدومُ مذكورٌ وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلَّةُ فتنتظمُ الموجودَ وما يكون بعَرَض الوجود مرةً بعد أخرىٰ عُرْفاً، يُقالُ: فلانٌ يأكلُ من غَلَّة بستانه، ومن غَلَّةِ أرضِه ودارِه، فإذا أُطلقتْ: يتناولُهما عُرْفاً، غيرَ موقوفٍ علىٰ دلالةٍ أخرىٰ.

أما الثمرةُ إذا أُطلقتْ: لا يُرادُ بها إلا الموجودُ، فلهذا يَفتقِرُ الانصرافُ إلىٰ دليلٍ زائدٍ.

قال: (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بصُوْفِ غنَمِه أبداً، أو بأولادِها، أو بلبَنِها، ثم مات: فله ما في بطونِها من الولدِ، وما في ضُرُوعها من اللَّبَن، وما علىٰ ظهورِها من الصوفِ يومَ يموتُ الموصي)، سواءٌ قال: أبداً، أو لم يَقُل.

لأنه إيجابٌ عند الموت، فيُعتبرُ قيامُ هذه الأشياء يومئذٍ، وهذا بخلاف ما تقدم[1].

---

(١) أي من الغلة والثمرة.

. . . .

والفَرْقُ: أن القياسَ يأبىٰ تمليكَ المعدومِ؛ لأنه لا يَقبلُ الملكَ، إلا أن في الثمرة والغلَّةِ المعدومةِ جاء الشرعُ بورود العقد عليها، كالمعاملة[١] والإجارة، فاقتضىٰ ذلك جوازُه في الوصية بالطريق الأَوْلىٰ؛ لأن بابها أوسعُ.

أما الولدُ المعدومُ وأختاه[٢]: فلا يجوزُ إيرادُ العقدِ عليها أصلاً، ولا تُستَحَقُّ بعقدٍ ما، فكذلك لا يدخلُ تحت الوصية.

بخلاف الموجودِ منها؛ لأنه يجوزُ استحقاقُها بعقد البيع تَبَعاً، وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي المساقاة. السقاية ٢/٦٨٨، قال قاضي زاده في نتائج الأفكار ٩/٤١٥: إن عقد المعاملة باطلٌ غير مشروعٍ عند أبي حنيفة، كما تقرَّر في موضعه، فقوله ها هنا: جاء الشرع بورود العقد عليها، كالمعاملة: لا يتمشَّىٰ علىٰ قول أبي حنيفة، وإنما يتمشىٰ علىٰ قول صاحبيه، فإنَّ عقد المعاملة مشروعٌ عندهما، والمسألة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه، فكيف يبني دليلَها علىٰ ما اختلفوا فيه؟!

(٢) أي الصوف واللبن.

باب
وصية الذِّمِّيِّ

وإذا صَنَعَ يهوديٌّ أو نصرانيٌّ بِيْعَةً أو كنيسةً في صحتِه، ثم مات : فهو ميراثٌ بالاتفاق.

ولو أوصىٰ بذلك لقومٍ مُسَمَّيْن : فهو من الثلث.

باب
وصية الذِّمِّيِّ

قال: (وإذا صَنَعَ يهوديٌّ أو نصرانيٌّ بِيْعَةً أو كنيسةً[١] في صحتِه، ثم مات: فهو ميراثٌ بالاتفاق[٢])؛ لأن هذا بمنزلة الوقفِ عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقفُ عندَه يورَثُ، ولا يَلزمُ، فكذا هذا.

وأما عندهما: فلأنَّ هذه معصيةٌ، فلا تصحُّ عندهما.

قال: (ولو أوصىٰ بذلك لقومٍ مُسَمَّيْن: فهو من الثلث.

---

(١) الكنيسة: مُتَعبَّدُ اليهود أو النصارىٰ أو الكفار. القاموس المحيط (كنس)، وفيه (بيع): البِيْعة: متعبَّد النصارىٰ، وقال في البناية ١٦/٣٧٥: الأصح أن البِيعةَ: للنصارىٰ، والكنيسةَ: لليهود. اهـ

(٢) أي بين الحنفية، علىٰ اختلاف التخريج بين الإمام وصاحبيه. البناية ١٦/٣٧٥.

معناه: إذا أوصىٰ أن تُبنَىٰ دارُه بِيْعةً أو كنيسةً: فهو جائزٌ من الثلث.

وإن أوصىٰ بداره كنيسةً لقومٍ غيرِ مُسَمَّيْن: جازتِ الوصيةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الوصيةُ باطلةٌ.

معناه: إذا أوصىٰ أن تُبنَىٰ دارُه بِيْعةً أو كنيسةً: فهو جائزٌ من الثلث)؛ لأن الوصيةَ: فيها معنىٰ الاستخلاف، ومعنىٰ التمليك، وله ولايةُ ذلك، فأمكن تصحيحُه علىٰ اعتبار المعنيَيْن.

قال: (وإن أوصىٰ بداره كنيسةً لقومٍ غيرِ مُسَمَّيْن: جازتِ الوصيةُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: الوصيةُ باطلةٌ)؛ لأن هذه معصيةٌ حقيقةً وإن كان في معتقدِهم قُرْبةً، والوصيةُ بالمعصية باطلةٌ؛ لِمَا أن في تنفيذِها من تقرير المعصية.

وله: أن هذه قُربةٌ في معتقدِهم، ونحن أُمِرْنا بأن نتركَهم وما يَدِينون[1]، فتجوزُ بناءً علىٰ اعتقادهم؛ ألا يُرىٰ أنه لو أوصىٰ بما هو قُرْبةٌ حقيقةً، معصيةٌ في معتقدِهم: لا تجوز الوصيةُ؛ اعتباراً لاعتقادهم، فكذا عكسُه.

ثم الفَرْقُ لأبي حنيفة رحمه الله بين بناء البِيْعةِ والكنيسةِ، وبين الوصية به: أن البناءَ نفسَه ليس بسببٍ لزوال مِلْكِ الباني، وإنما يزولُ ملكُه بأن يصير مُحَرَّراً خالصاً لله تعالىٰ، كما في مساجد المسلمين، والكنيسةُ لم تَصِرْ محرَّرةً لله تعالىٰ حقيقةً، فتبقىٰ مِلكاً للباني، فتُورَثُ عنه.

---

(١) وفي نُسخ: وما يعتقدون. تقدم تخريجه في النكاح، في زواج النصراني.

. . . .

ولأنهم يَبْنونَ فيها[١] الحجراتِ، ويسكنونَها، فلم تتحرَّرْ؛ لتعلُّقِ حَقِّ العِبَادِ به[٢].

وفي هذه الصورة[٣]: يُورَثُ المسجدُ أيضاً؛ لعدم تحرُّرِه.

بخلاف الوصية: لأنه وُضِعَ لإزالة الملك، إلا أنه امتنع ثبوتُ مقتضاه في غير ما هو قُربةٌ عندهم، فبقيَ فيما هو قُربةٌ علىٰ مقتضاه، فيزولُ مِلْكُه، فلا يُورَث.

ثم الحاصلُ أنَّ وصايا الذميِّ علىٰ أربعة أقسامٍ:

١ـ منها: أن تكونَ قُرْبةً في معتَقَدِهم، ولا تكونَ قُرْبةً في حَقِّنا، وهو ما ذكرناه[٤].

وما إذا أوصىٰ الذميُّ بأن تُذبَحَ خنازيرُه، ويُطعَمَ المشركونَ.

وهذه علىٰ الخلاف إذا كان لقومٍ غيرِ مسمَّيْن، كما ذكرناه[٥]، والوجهُ ما بيَّنَّاه[٦].

---

(١) أي في البِيَع والكنائس.

(٢) أي في البناء.

(٣) كلامٌ متصلٌ بقوله: أن البناء نفسَه ليس بسببٍ لزوال... إلىٰ آخره.

(٤) أراد به الوصية ببناء البِيْعة والكنيسة.

(٥) وهو قوله: وإن أوصىٰ بداره كنيسةً لقوم غير مسمَّيْن: جازت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله.

(٦) أي من الجانبين، وهو أن المعتبر عندهم: اعتقادهم، وعندهما أنها وصيةٌ بمعصية.

. . . .

٢ـ ومنها: إذا أوصىٰ بما يكونُ قُرْبةً في حقِّنا، ولا يكونُ قُرْبةً في معتَقَدِهم، كما إذا أوصىٰ بالحجِّ، أو بأن يُبنىٰ مسجدٌ للمسلمين، أو بأن يُسرَجَ في مساجدِ المسلمين: فهذه الوصيةُ باطلةٌ، بالإجماع؛ اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقومٍ بأعيانهم؛ لوقوعِه تمليكاً؛ لأنهم معلومون، والجهةُ مَشُورةٌ[١].

٣ـ ومنها: إذا أوصىٰ بما يكون قُرْبةً في حَقِّنا وفي حَقِّهم، كما إذا أوصىٰ بأن يُسرَجَ في بيت المقدس، أو يُغزَىٰ التُّرْكُ، وهو[٢] من الروم: وهذا جائزٌ، سواءٌ كانت لقومٍ بأعيانهم أو بغيرِ أعيانهم؛ لأنه وصيةٌ بما هو قُربةٌ[٣] حقيقةً، وفي معتَقَدِهم أيضاً.

٤ـ ومنها: إذا أوصىٰ بما لا يكونُ قُرْبةً، لا في حقِّنا ولا في حقِّهم، كما إذا أوصىٰ للمغنِّيات والنائحات: فإن هذا غيرُ جائزٍ؛ لأنه معصيةٌ في حقِّنا وفي حقِّهم، إلا أن يكونَ لقومٍ بأعيانهم: فتصحُّ تمليكاً واستخلافاً.

وصاحبُ الهوىٰ[٤]: إذا كان لا يُكْفَرُ: فهو في حقِّ الوصية: بمنزلة

---

(١) أي لا علىٰ طريق الإلزام، وتبطل الجهة التي عيَّنها، إن شاؤوا فعلوا ذلك، وإن شاؤوا تركوا. وينظر البناية ١٦/٣٧٩.

(٢) أي الذمي الموصي من بلاد الروم، وهو كتابيٌّ، والتُّرْك كافرٌ ليس بكتابي.

(٣) يعني أوصىٰ بالجهاد مع الترك، والموصي ليس منهم، بأن كان من الروم، ولو كان منهم: لا يكون الجهاد معهم قربةً. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٤) أي من غير أهل السنة والجماعة.

وإذا دَخَلَ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فأوصىٰ لمسلمٍ أو ذميٍّ بمالِه كلِّه : جاز.

المسلم؛ لأنا أُمِرْنا ببناء الأحكام علىٰ الظاهر.

وإن كان يُكْفَرُ: فهو بمنزلة المرتدِّ، فيكونُ علىٰ الخلاف المعروفِ في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه[1] رحمهم الله.

وفي المرتدَّةِ: الأصحُّ أنه تصحُّ وصاياها؛ لأنها تُبَقَّىٰ علىٰ الرِّدَّة[2]، بخلاف المرتدِّ؛ لأنه يُقتَلُ، أو يُسلِم.

قال: (وإذا دَخَلَ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فأوصىٰ لمسلمٍ أو ذميٍّ بمالِه كلِّه: جاز)؛ لأن امتناعَ الوصيةِ بما زاد علىٰ الثلثِ لحَقِّ الورثةِ، ولهذا تُنفَّذُ بإجازتهم، وليس لورثتِه حَقٌّ مَرْعيٌّ؛ لكونِهم في دار الحرب، إذ هم أمواتٌ في حقِّنا.

ولأن حُرْمَةَ مالِه باعتبار الأمانِ، والأمانُ كان لحقِّه، لا لحَقِّ ورثتِه.

ولو كان أوصىٰ بأقلَّ من ذلك: أُخِذَت الوصيةُ، ورُدَّ الباقي علىٰ ورثتِه، وذلك من حقِّ المستأمِنِ أيضاً.

ولو أعتق عبدَه عند الموت، أو دبَّر عبدَه في دار الإسلام: فذلك صحيحٌ منه من غير اعتبار الثلثِ؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذلك لو أوصىٰ له مسلمٌ أو ذميٌّ بوصيةٍ: جاز؛ لأنه ما دام في دار الإسلام: فهو في المعاملات بمنزلة الذمي، ولهذا تصحُّ عقودُ التمليكات

---

(١) وهو أن ملكه يزول عنده، خلافاً لهما. البناية ١٦/٣٧٩.

(٢) أي ولا تُقتل، فصارت كالذمية في صحة الوصية. البناية ١٦/٣٨٠.

. . . .

منه في حال حياته، ويصحُّ تبرُّعُه في حياته، فكذا بعد مماته.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه لا يجوزُ؛ لأنه مُستأمِنٌ من أهل الحرب، إذ هو علىٰ قَصْدِ الرجوعِ، ويُمكَّنُ منه، ولا يُمكَّنُ من زيادة المُقامِ علىٰ السَّنَة، إلا بالجزية.

ولو أوصىٰ الذميُّ بأكثرَ من الثلث، أو لبعض ورثتِه: لا تجوزُ؛ اعتباراً بالمسلمين؛ لأنهم التزموا أحكامَ الإسلامِ فيما يَرجعُ إلىٰ المعاملات.

ولو أوصىٰ لخلافِ مِلَّتِه[1]: جازت؛ اعتباراً بالإرث، إذِ الكفرُ كلُّه مِلَّةٌ واحدةٌ.

ولو أوصىٰ لحربيٍّ في دار الإسلام: لا تجوزُ؛ لأن الإرثَ ممتنعٌ؛ لتباينِ الدارَيْن، والوصيةُ أختُه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) بأن أوصىٰ نصرانيٌّ ليهوديٍّ، أو بالعكس. البناية ١٦/٣٨١.

باب
الوَصِيّ، وما يَمْلِكُه

ومَن أوصىٰ إلىٰ رجلٍ، فقَبِلَ الوصيُّ في وجهِ الموصي، وردَّها في غيرِ وجهِه: فليسَ بردٍّ، فإن ردَّها في وجهِه: فهو رَدٌّ.

باب
الوَصِيّ[1]، وما يَمْلِكُه

قال: (ومَن أوصىٰ إلىٰ رجلٍ، فقَبِلَ الوصيُّ في وجهِ[2] الموصي، وردَّها في غيرِ وجهِه: فليسَ بردٍّ).

لأنَّ الميتَ مضىٰ لسبيله معتمِداً عليه، فلو صحَّ ردُّه في غير وجهِه، في حياتِه أو بعد مماتِه: صار مغروراً من جهته، فيُرَدَّ رَدُّه.

بخلاف الوكيلِ بشراءِ عبدٍ بغير عَيْنه، أو ببيع مالِه: حيث يصحُّ ردُّه في غيرِ وجهِه؛ لأنه لا ضررَ هنالك؛ لأنه حيٌّ قادِرٌ علىٰ التصرُّفِ بنفسه.

قال: (فإن ردَّها في وجهِه: فهو رَدٌّ)؛ لأنه ليس للموصي ولايةُ إلزامِه التصرُّفَ، ولا غرورَ فيه؛ لأنه يُمكِنُه أن يُنِيْبَ غيرَه.

---

(١) أي الموصىٰ إليه. البناية ١٦/٣٨٢.

(٢) أي بعلم الموصي.

وإن لم يَقبَلْ، ولم يَرُدَّ حتىٰ مات الموصي: فهو بالخيار: إن شاء قَبِلَ، وإن شاء لم يَقْبَلْ.

فلو أنه باع شيئاً من تَرِكَتِه: فقد لزِمَتْه.

وإن لم يَقبلْ حتىٰ مات الموصي، فقال: لا أقبلُ، ثم قال: أقبلُ: فله ذلك إن لم يكنِ القاضي أخرجه من الوصيةِ حين قال: لا أقبلُ.

قال: (وإن لم يَقبَلْ، ولم يَرُدَّ حتىٰ مات الموصي: فهو بالخيار: إن شاء قَبِلَ، وإن شاء لم يَقْبَلْ)؛ لأن الموصي ليسَ له ولايةُ الإلزام، فبقيَ مخيَّراً.

قال: (فلو أنه باع شيئاً من تَرِكَتِه: فقد لزِمَتْه)؛ لأن ذلك دلالةُ الالتزامِ والقبولِ، وهو معتَبَرٌ بعد الموت، ويُنفَّذُ البيعُ؛ لصدوره من الوصيِّ، وسواءٌ عَلِمَ بالوصاية أو لم يَعْلَم.

بخلاف الوكيل إذا لم يَعْلَم بالتوكيل، فباع: حيث لا يُنفُّذُ؛ لأن الوِصايةَ خِلافةٌ؛ لأنها تختصُّ بحالِ انقطاعِ ولايةِ الميت، فتنتقلُ الولايةُ إليه، وإذا كانت خلافةً: لا تتوقَّفُ علىٰ العلم، كالوراثة.

أما التوكيلُ: فإنابةٌ؛ لثبوتِه في حالِ قيامِ ولايةِ المُنيبِ، فلا يصحُّ من غيرِ علمِه، كإثبات الملكِ بالبيع والشراءِ، وقد بيَّنَّا طريقَ العلمِ، وشَرْطَ الإخبارِ فيه فيما تقدَّم من الكُتُب[1].

قال: (وإن لم يَقبلْ حتىٰ مات الموصي، فقال: لا أقبلُ، ثم قال: أقبلُ: فله ذلك إن لم يكنِ القاضي أخرجه من الوصيةِ حين قال: لا أقبلُ).

---

(١) ومنها في: كتاب أدب القاضي، فصل في القضاء بالمواريث، عند قوله: ومن أعلمه من الناس بالوكالة.

ومَن أوصىٰ إلىٰ عبدٍ أو كافرٍ أو فاسقٍ: أخرجَهُمُ القاضي عن الوصاية، ونَصَبَ غيرَهم.

لأنَّ بمجرَّدِ قولِه: لا أقبلُ: لا يَبطُلُ الإيصاءُ؛ لأن في إبطالِه ضرراً بالميت.

وضررُ الوصيِّ في الإبقاء: مجبورٌ بالثواب، ودَفْعُ الأول[1]، وهو الأعلىٰ: أوْلىٰ.

إلا أن القاضيَ إذا أخرجه عن الوصاية: يصحُّ ذلك؛ لأنه مجتهَدٌ فيه، إذْ للقاضي ولايةُ دَفْعِ الضرر، وربما يَعجزُ عن ذلك، فيتضرَّرُ ببقاء الوصاية، فيَدفعُ القاضي الضررَ عنه، ويَنصِبُ حافظاً لمال الميت، متصرِّفاً فيه، فيَندفعُ الضررُ من الجانبَيْن، فلهذا يُنفَّذُ إخراجُه.

فلو قال بعد إخراج القاضي إياه: أقبلُ: لم يُلتفَتْ إليه؛ لأنه قَبِلَ بعدَ بطلانِ الوصايةِ بإبطال القاضي.

قال: (ومَن أوصىٰ إلىٰ عبدٍ[2] أو كافرٍ أو فاسقٍ: أخرجَهُمُ القاضي عن الوصاية[3]، ونَصَبَ غيرَهم).

وهذا اللفظُ يشيرُ إلىٰ صحةِ الوصية؛ لأن الإخراجَ يكون بعدَها.

وذَكَرَ محمدٌ رحمه الله في «الأصل»: أن الوصيةَ باطلةٌ.

---

(١) وفي نُسخ: الأُولىٰ، وفي أخرىٰ: ورَدُّ الأول. أي دَفْع أول الضَّرَرَيْن، وهو ضرر الميت. البناية ١٦/٣٨٥.

(٢) أي لغيره.

(٣) وفي نُسخ: من الوصية.

ومَن أوصىٰ إلىٰ عبدِ نفسِه، وفي الورثة كبارٌ: لم تصحَّ الوصيةُ.

وإن كانوا صغاراً كلُّهم: فالوصيةُ إليه جائزةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا تجوزُ عندهما.

قيل: معناه في جميع هذه الصورِ أنَّ الوصيةَ ستبطل.

وقيل: في العبد معناه باطلٌ[1] حقيقةً؛ لعدم ولايتِه واستبدادِه، وفي غيرِه: معناه: ستبطل.

وقيل: في الكافر: باطلٌ أيضاً؛ لعدم ولايته علىٰ المسلم.

ووجهُ الصحة، ثم الإخراجُ: أنَّ أصلَ النظرِ ثابتٌ؛ لقدرةِ العبدِ حقيقةً، وولايةِ الفاسقِ، علىٰ أصلنا، وولايةِ الكافرِ في الجملة، إلا أنه لم يَتِمَّ النظرُ؛ لتوقُّفِ ولايةِ العبدِ علىٰ إجازةِ المولىٰ، وتمكُّنه من الحَجْرِ بعدَها، والمعاداةِ الدينيةِ الباعِثَةِ للكافر علىٰ تَرْكِ النظرِ في حَقِّ المسلمِ، واتِّهامِ الفاسقِ بالخيانةِ، فيُخرِجُه القاضي من الوصايةِ، ويُقيمُ غيرَه مَقامَه؛ إتماماً للنَّظَرِ.

وشَرَطَ في «الأصل»: أن يكونَ الفاسقُ مَخُوفاً عليه في المال، وهذا يصلحُ عُذْراً في إخراجه، وتبديلِه بغيرِه.

قال: (ومَن أوصىٰ إلىٰ عبدِ نفسِه، وفي الورثة كبارٌ: لم تصحَّ الوصيةُ)؛ لأن للكبيرِ أن يَمنعَه، أو يبيعَ نصيبَه، فيَمنعَه المشتري، فيَعجِزَ عن الوفاء بحقِّ الوصاية، فلا يُفيدُ فائدتَه.

قال: (وإن كانوا صغاراً كلُّهم: فالوصيةُ إليه جائزةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا تجوزُ عندهما)، وهو القياس.

---

(١) وفي نُسخ: باطلةٌ.

ومَن يَعجِزُ عن القيامِ بالوصية : ضَمَّ إليه القاضي غيرَه.

وقيل: قولُ محمدٍ رحمه الله مضطرِبٌ، يُروىٰ مرةً مع أبي حنيفة رحمه الله، وتارةً مع أبي يوسف رحمه الله.

وجهُ القياس: أن الولايةَ مُنعدِمَةٌ؛ لِمَا أنَّ الرِّقَّ ينافيها.

ولأنَّ فيه إثباتَ الولايةِ للمملوك علىٰ المالك، وهذا قَلْبُ المشروع.

ولأن الولايةَ الصادرةَ من الأبِ لا تتجزَّأُ، وفي اعتبار هذه: تجزئتُها؛ لأنه لا يَملكُ بيعَ رقبتِه، وهذا نَقْضُ الموضوع.

وله: أنه مخاطَبٌ مستبِدٌّ بالتصرف، فيكونُ أهلاً للوصاية، وليس لأحدٍ عليه ولايةٌ، فإن الصغارَ وإن كانوا مُلاَّكاً ليس لهم ولايةُ المنعِ، فلا منافاةَ، وإيصاءُ المولىٰ إليه يُؤذِنُ بكونه ناظراً لهم، وصار كالمكاتب، والوصايةُ قد تتجزَّأُ، علىٰ ما هو المَرْوِيُّ عن أبي حنيفة رحمه الله.

أو نقولُ: يُصارُ إليه؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ إبطال أصلِه، وتغييرُ الوصفِ لتصحيح الأصل: أَوْلىٰ.

قال: (ومَن يَعجِزُ عن القيامِ بالوصية: ضَمَّ إليه القاضي غيرَه)؛ رعايةً لحَقِّ الموصي والورثةِ، وهذا لأن تكميلَ النظرِ يحصلُ بضَمِّ الآخَرِ إليه؛ لصيانتِه، وبعضِ[1] كفايتِه، فيَتِمُّ النظرُ بإعانة غيرِه.

ولو شكا إليه الوصيُّ ذلك: لا يُجيبُه حتىٰ يَعرِفَ ذلك حقيقةً؛ لأن الشاكيَ قد يكون كاذباً؛ تخفيفاً علىٰ نفسه.

---

(١) وفي نُسخ: نَقْصِ.

ومَن أوصىٰ إلىٰ اثنين : لم يكنْ لأحدِهما أن يتصرَّفَ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دونَ صاحبه.

ولو ظَهَرَ عند القاضي عَجْزُه أصلاً: استبدل به؛ رعايةً للنظر من الجانبَيْن.

ولو كان قادراً علىٰ التصرُّفِ، أميناً فيه: ليس للقاضي أن يُخرِجَه؛ لأنه لو اختار غيرَه: كان دونَه؛ لِمَا أنه كان مختارَ الميتِ ومَرْضيَّه، فإبقاؤه أَوْلىٰ، ولهذا قُدِّمَ علىٰ أبِ الميت، مع وُفُور شفقتِه، فأَوْلىٰ أن يُقدَّم علىٰ غيرِه.

وكذا إذا شكا الورثةُ أو بعضُهمُ الوصيَّ إلىٰ القاضي: فإنه لا ينبغي له أن يَعزِلَه حتىٰ تَبدوَ له منه خيانةٌ؛ لأنه استفاد الولايةَ من الميت، غيرَ أنه إذا ظهرتِ الخيانةُ: فالميتُ إنما نَصَبَه وصياً لأمانته، وقد فاتَتْ، ولو كان في الأحياء: لأخرجه منها، فعند عَجْزِه: ينوبُ القاضي مَنابَه، كأنه لا وصيَّ له.

قال: (ومَن أوصىٰ إلىٰ اثنين: لم يكنْ لأحدِهما أن يتصرَّفَ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دونَ صاحبه)، إلا في أشياءَ معدودةٍ، نُبيِّنُها إن شاء الله تعالىٰ[(١)].

وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفردُ كلُّ واحدٍ منهما بالتصرفِ في جميع الأشياء؛ لأن الوصايةَ سبيلُها الولايةُ، وهي وصفٌ شرعيٌّ لا تتجزأ، فيثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، كولاية الإنكاح للأخوين.

---

(١) ستأتي في الصفحة بعد القادمة إن شاء الله، في قوله: إلا في شراء كفن، وتجهيزه، وطعام الصغار وكسوتهم... إلىٰ آخره.

. . . .

وهذا لأن الوصايةَ خِلافةٌ، وإنما تتحقَّقُ إذا انتقلتِ الولايةُ إليه علىٰ الوجه الذي كان ثابتاً للموصي، وقد كان بوصفِ الكمال.

ولأنَّ اختيارَ الأبِ إياهما يُؤذِنُ باختصاص كلٍّ واحدٍ منهما بالشفقة، فيُنزَّلُ ذلك منزلةَ قَرَابةِ كلِّ واحدٍ منهما.

ولهما: أن الولايةَ تثبتُ بالتفويض، فيُراعَىٰ وَصْفُ التفويضِ، وهو وَصْفُ الاجتماعِ، إذ هو شَرْطٌ مقيِّدٌ[1]، وما رضيَ الموصي إلا بالمَثْنىٰ، وليس الواحدُ كالمَثنىٰ.

بخلاف الأخوَيْن في الإنكاح؛ لأن السببَ هنالك القرابةُ، وقد قامت بكلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً.

ولأن الإنكاحَ حقٌّ مستَحَقٌّ لها علىٰ الولي، حتىٰ لو طالبَتْه بإنكاحها من كُفُؤٍ يَخطُبُها: يجب عليه، وها هنا حَقُّ التصرُّفِ للوصي، ولهذا يبقىٰ مخيَّراً في التصرف، ففي الأول: أَوْفىٰ حَقّاً علىٰ صاحبه، فيصحُّ، وفي الثاني: استوفىٰ حَقاً لصاحبه، فلا يصحُّ، أصلُه: الدَّيْنُ الذي عليهما، ولهما.

بخلاف الأشياءِ المعدودةِ[2]؛ لأنها من باب الضرورة، لا من باب الولاية.

---

(١) وفي نُسخ: مفيدٌ. قلت: ما أثبتُّه يجري في السياق، وأنه إن تخلَّف هذا القيد، وهو اجتماعهما: فلا يصح.

(٢) أي الأشياء المعدودة التي ستأتي، وسبقت في الحاشية السابقة.

إلا في شراءِ كَفَنِ الميت، وتجهيزِه، وطعامِ الصغارِ، وكُسوتِهم، ورَدِّ الوديعةِ بعَيْنها، ورَدِّ المغصوبِ، والمشترَىٰ شراءً فاسداً، وحفظِ الأموالِ، وقضاءِ الديون.

ومواضعُ الضرورةِ مستثناةٌ أبداً، وهي ما استثناه في «الكتاب[١]»، وأخواتُها[٢]، فقال:

قال: (إلا في شراءِ كَفَنِ الميت[٣]، وتجهيزِه)؛ لأنَّ في التأخير فسادَ الميت، ولهذا يَملِكُه الجيرانُ والرُّفقاءُ في الطريق، وكذا الأُمُّ عند ذلك.

(وطعامِ الصغارِ، وكِسوتِهم)؛ لأنه يُخافُ موتُهم جُوْعاً، وعُرْياً.

(ورَدِّ الوديعةِ بعَيْنها، ورَدِّ المغصوبِ، والمشترَىٰ شراءً فاسداً، وحفظِ الأموالِ، وقضاءِ الديون)؛ لأنها ليست من باب الولاية، فإنه يَملكُه المالكُ. وصاحبُ الدَّيْن[٤] إذا ظَفِرَ بجنس حقِّه.

وحِفْظُ المالِ: يَملِكُه مَن يقعُ في يده، فكان من باب الإعانة، ولأنه لا يُحتاجُ فيه إلىٰ الرأي.

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) أي وأخواتُ الأشياء المستثناة.

(٣) هكذا: كفن الميت وتجهيزه: في طبعات الهداية القديمة، وهو الأنسب لسياق قوله: وتجهيزه، وأما نُسخ الهداية ففيها: الكفن وتجهيزه.

(٤) أي ويملك صاحبُ الدين أخْذَه إذا كان من جنسه.

وتنفيذِ وصيةٍ بعَيْنها، وعِتْقِ عبدٍ بعَيْنه، والخصومةِ في حقوقِ الميتِ، وقبولِ الهبةِ، وبيعِ ما يُخشَىٰ عليه التَّوَىٰ والتَّلَفِ، وجَمْعِ الأموالِ الضائعة.

وفي «الجامع الصغير»: وليس لأحدِ الوصيَّيْن أن يبيعَ، أو يتقاضىٰ، والمرادُ بالتقاضي: الاقتضاءُ.

(وتنفيذِ وصيةٍ بعَيْنها، وعِتْقِ عبدٍ بعَيْنه)؛ لأنه لا يُحتاجُ فيه إلىٰ الرأي.

(والخصومةِ في حقوقِ الميتِ)؛ لأنَّ الاجتماعَ فيها متعذِّرٌ، ولهذا ينفردُ بها أحدُ الوكيلَيْن.

(وقبولِ الهبةِ)؛ لأنَّ في التأخير: خِيْفةَ الفوات.

ولأنه تملكُه الأُمُّ[1]، والذي في حَجْره، فلم يكن من باب الولاية.

(وبيعِ[2] ما يُخشَىٰ عليه التَّوَىٰ والتَّلَفِ)؛ لأن فيه ضرورةً لا تَخفَىٰ.

(وجَمْعِ الأموالِ الضائعة)؛ لأنَّ في التأخير خشيةَ الفوات.

ولأنه يَملِكُه كلُّ مَن وقع في يده، فلم يكن من باب الولاية.

قال: (وفي «الجامع الصغير[3]»: وليس لأحدِ الوصيَّيْن أن يبيعَ، أو يتقاضىٰ، والمرادُ بالتقاضي: الاقتضاءُ)، كذا كان المرادُ منه في عُرْفِهم.

---

(١) أي تملكُ الأمُّ قبولَ الهدية، وكذلك يَملكُه الصغيرُ الذي في حَجْره، أي الصغير الذي في رعايته.

(٢) وفي نُسخ: وقَبُول.

(٣) ص٢٦١.

ولو أوصىٰ لكلٍّ واحدٍ علىٰ الانفراد:

قيل: ينفردُ كلٌّ واحدٍ منهما بالتصرفِ، بمنزلة الوكيلَيْن إذا وُكِّلَ كلٌّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد.

فإن مات أحدُهما جَعَلَ القاضي مكانَه وصيّاً آخَرَ.

وهذا لأنه رضيَ بأمانتهما جميعاً في القبض.

ولأنه في معنىٰ المبادلة، لا سيَّما عند اختلاف الجنس، علىٰ ما عُرِفَ، فكان من باب الولاية.

قال: (ولو أوصىٰ لكلٍّ واحدٍ علىٰ الانفراد:

قيل: ينفردُ كلٌّ واحدٍ منهما بالتصرفِ، بمنزلة الوكيلَيْن إذا وُكِّلَ كلٌّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد).

وهذا لأنه لَمَّا أَفرَدَ: فقد رضيَ برأي الواحد.

وقيل: الخلافُ في الفصلَيْن واحدٌ[1]؛ لأن وجوب[2] الوصية: عند الموت، بخلاف الوكيلَيْن؛ لأن الوكالةَ تتعاقب.

قال: (فإن مات أحدُهما جَعَلَ القاضي مكانَه وصيّاً آخَرَ).

أما عندهما: فلأنَّ الباقيَ عاجِزٌ عن التفرُّد بالتصرُّف، فيَضُمُّ القاضي إليه وصيّاً آخَرَ؛ نَظَراً للميت عند عَجْزِه.

---

(١) جاء هنا في طبعات الهداية القديمة زيادة: وهو الأصح.

(٢) وفي نُسخ: ثبوت.

وإذا مات الوصيُّ، وأوصىٰ إلىٰ آخَرَ: فهو وصيُّه في تَرِكَتِه وتَرِكَةِ الميتِ الأولِ عندنا.

وعند أبي يوسف رحمه الله: الحيُّ منهما وإن كان يقدِرُ علىٰ التصرف، فالموصي قَصَدَ أنْ يَخلُفَه متصرِّفان[1] في حقوقه، وذلك ممكنُ التحقيقِ بنَصْب وصيٍّ آخَرَ مكانَ الميت.

ولو أنَّ الميتَ منهما أوصىٰ إلىٰ الحيِّ: فللحيِّ أن يتصرفَ وحدَه في ظاهر الرواية، بمنزلة ما إذا أوصىٰ إلىٰ شخصٍ آخَرَ.

ولا يَحتاجُ القاضي إلىٰ نَصْبِ وصيٍّ آخَرَ؛ لأن رأيَ الميتِ باقٍ حُكماً برأيِ مَن يَخلُفُه.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا ينفردُ بالتصرُّفِ؛ لأن الموصيَ ما رضِيَ بتصرُّفه وحدَه.

بخلاف ما إذا أوصىٰ إلىٰ غيرِه؛ لأنه يَنفُذُ تصرُّفُه برأي المَثْنىٰ، كما رضِيَه المتوفَّىٰ.

قال: (وإذا مات الوصيُّ، وأوصىٰ إلىٰ آخَرَ: فهو وصيُّه في تَرِكَتِه وتَرِكَةِ الميتِ الأولِ عندنا).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: لا يكون وصياً في تَرِكة الميتِ الأولِ؛ اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياةِ، والجامعُ بينهما أنه رضيَ برأيه، لا برأي غيره.

---

(١) وفي نُسخ: وصيَّان.

(٢) أسنىٰ المطالب ٦٩/٣.

ومقاسَمَةُ الوصيِّ الموصَىٰ له عن الورثة : جائزةٌ، ومقاسَمَةُ الوصيِّ الورثةَ عن الموصَىٰ له : باطلةٌ.

ولنا: أن الوصيَّ يتصرفُ بولايةٍ مُنتقِلَةٍ إليه، فيملِكُ الإيصاءَ إلىٰ غيرِه، كالجَدِّ؛ ألا يُرىٰ أن الولايةَ التي كانت ثابتةً للموصي: تنتقلُ إلىٰ الوصيِّ في المال، وإلىٰ الجَدِّ في النفس، ثم الجَدُّ قام مقامَ الأبِ فيما انتقل إليه، فكذا الوصيُّ.

وهذا لأنَّ الإيصاءَ: إقامةُ غيرِه مَقامَه فيما له ولايةٌ، وعندَ الموت كانت له ولايةٌ في التَّرِكتَيْن، فيُنزَّلُ الثاني منزلتَه فيهما.

ولأنه لَمَّا استعان به في ذلك، مع عِلْمه أنه قد تعتريه المَنيَّةُ قبل تتميم مقصودِه بنفسه، وهو تلافي ما فَرَطَ منه: صار راضياً بإيصائه إلىٰ غيره.

بخلاف الوكيل[1]: لأنَّ الموكِّلَ حيٌّ يُمكِنُه أن يُحصِّلَ مقصودَه بنفسه، فلا يَرضىٰ بتوكيل غيرِه، والإيصاءِ إليه.

قال: (ومقاسَمَةُ الوصيِّ الموصَىٰ له عن الورثة: جائزةٌ، ومقاسَمَةُ الوصيِّ الورثةَ عن الموصَىٰ له: باطلةٌ)؛ لأن الوارثَ خليفةُ الميت، حتىٰ يَرُدُّ بالعيب، ويُرَدُّ عليه به، ويصيرُ مغروراً بشراء المورِّثِ.

والوصيُّ خليفةُ الميت أيضاً، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً، فصحَّتْ قسمتُه عليه، حتىٰ لو حَضَرَ وقد هَلَكَ ما في يد الوصي: ليس له أن يُشارِكَ الموصىٰ له.

---

(١) وفي نُسخة سعدي: التوكيل.

فإن قاسَمَ الورثةَ، وأَخَذَ نصيبَ الموصَىٰ له، فضاع في يده: رَجَعَ الموصىٰ له بثُلُثِ ما بقيَ.

وإن كان الميتُ أوصىٰ بحَجَّةٍ، فقاسَمَ الورثةَ، فهلك ما في يده: حُجَّ عن الميت من ثلثِ ما بقيَ.

أما الموصىٰ له: فليس بخليفةٍ عن الميت من كلِّ وجهٍ؛ لأنه مَلَكَه بسببٍ جديدٍ، ولهذا لا يَرُدُّ بالعيب، ولا يُرَدُّ عليه به، ولا يصيرُ مغروراً بشراء الموصي، فلا يكونُ الوصيُّ خليفةً عنه عند غَيْبته، حتىٰ لو هَلَكَ ما أُفْرِزَ له عند الوصي: كان له ثلثُ ما بقيَ؛ لأن القسمةَ لم تَنفُذْ عليه.

غيرَ أن الوصيَّ لا يَضمَنُ؛ لأنه أمينٌ فيه، وله ولايةُ الحفظ في التركة، فصار كما إذا هَلَكَ بعضُ التركةِ قبلَ القسمة: فيكونُ له ثلثُ الباقي؛ لأن الموصىٰ له شريكُ الوارثِ، فيَتْوَىٰ ما تَوِيَ من المال المشتركِ علىٰ الشركة، ويبقىٰ ما بقيَ علىٰ الشركة.

قال: (فإن قاسَمَ الورثةَ، وأَخَذَ نصيبَ الموصَىٰ له، فضاع في يده: رَجَعَ الموصىٰ له بثُلُثِ ما بقي)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (وإن كان الميتُ أوصىٰ بحَجَّةٍ، فقاسَمَ الورثةَ[1]، فهلك ما في يده[2]: حُجَّ عن الميت من ثلثِ ما بقيَ.

---

(١) أي قاسَمَ الوصيُّ الورثةَ.

(٢) أي يد الوصي.

وكذلك إن دَفَعَه إلىٰ رجلٍ ليَحُجَّ عنه، فضاع من يدِه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان مستغرِقاً للثلث: لم يرجع بشيءٍ، وإلا: يَرجِعُ بتمام الثلث.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يرجعُ بشيءٍ.

وكذلك إن دَفَعَه إلىٰ رجلٍ ليَحُجَّ عنه، فضاع من يدِه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان مستغرِقاً للثلث: لم يرجع بشيءٍ، وإلا: يَرجِعُ بتمام الثلث.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يرجعُ بشيءٍ)؛ لأن القسمةَ حَقُّ الموصي.

ولو أَفْرَزَ الموصي بنفسه مالاً ليُحَجَّ عنه، فهَلَكَ: لا يلزمُه شيءٌ، وبطلتِ الوصيةُ، فكذا إذا أَفْرَزَه وصيُّه الذي قام مَقامَه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن مَحَلَّ الوصيةِ الثلثُ، فيجبُ تنفيذُها ما بقيَ مَحَلُّها، وإذا لم يبقَ: بطلتْ؛ لفوات مَحَلِّها.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن القسمةَ لا تُرادُ لذاتها، بل تُرادُ لمقصودِها، وهو تأديةُ الحجِّ، فلم تُعتبرْ دونَها[1]، وصار كما إذا هَلَكَ[2] قبلَ القسمة، فيُحَجُّ بثلث ما بقيَ.

---

(١) أي لم تُعتبر القسمة دون تأدية الحج. حاشية نسخة ٩٨١هـ، وفي نُسخ: دونه: وكُتب عليها: صح. اهـ. أي دون المقصود، وهو أداء الحج. البناية ١٦/٤٠٠.

(٢) أي هلك نصيب الحاج. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

ومَن أوصىٰ بثلثِ ألفِ درهمٍ، فدَفَعَها الورثةُ إلىٰ القاضي، فقَسَمَها، والموصىٰ له غائبٌ: فقِسْمتُه جائزةٌ.

وإذا باع الوصيُّ عبداً من التركة بغير مَحضَرٍ من الغرماءِ: فهو جائزٌ.

ولأن تمامَها[1] بالتسليم إلىٰ الجهة المُسمَّاة[2]، إذْ لا قابضَ لها[3]، فإذا لم تُصرَفْ إلىٰ ذلك الوجه: لم تَتِمَّ، فصار كهلاكه[4] قبلَها.

قال: (ومَن أوصىٰ بثلثِ ألفِ درهمٍ، فدَفَعَها الورثةُ إلىٰ القاضي، فقَسَمَها، والموصىٰ له غائبٌ: فقِسْمتُه جائزةٌ)؛ لأن الوصيةَ صحيحةٌ.

ولهذا لو مات الموصىٰ له قبلَ القبض[5]: تصيرُ الوصيةُ ميراثاً لورثته، والقاضي نُصِبَ ناظراً، لا سيما في حَقِّ الموتىٰ والغُيَّبِ، ومِن النظر: إفرازُ نصيبِ الغائب، وقَبْضُه، فنَفَذَ ذلك، وصحَّ، حتىٰ لو حَضَرَ الغائبُ، وقد هلك المقبوضُ: لم يكن له علىٰ الورثة سبيلٌ.

قال: (وإذا باع الوصيُّ عبداً من التركة بغير مَحضَرٍ من الغرماءِ: فهو جائزٌ)؛ لأنَّ الوصيَّ قائمٌ مقامَ الموصي.

---

(١) أي تمام القسمة.

(٢) أي تأدية الحج. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٣) أي لا خصمَ ليقبض حتىٰ تتم القسمة، فيكون تمامها بالصرف إلىٰ تلك الجهة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٤) أي صار كهلاك مقدار ما أُفرز من نصيب الحاج قبل القسمة.

(٥) وفي نُسخ: القبول، وقد كُتب في حاشية نسخة ٧٣٨هـ: القبض: أصح.

ومَن أوصىٰ بأن يُباعَ عبدُه، ويُتصدَّقَ بثمنِه علىٰ المساكين، فباعه الوصيُّ، وقَبَضَ الثمنَ، فضاع في يدِه، فاستُحِقَّ العبدُ: ضَمِنَ الوصيُّ.

ويَرجِعُ فيما تَرَكَه الميتُ.

ولو تولىٰ حيًّاً بنفسه[١]: يجوز بيعُه بغير مَحضَرٍ من الغرماء وإن[٢] كان في مرض موتِه، فكذا إذا تولاَّه[٣] مَن قام مَقامَه[٤].

وهذا لأن حَقَّ الغرماءِ متعلِّقٌ بالمالية، لا بالصورة، والبيعُ لا يُبطِلُ الماليةَ؛ لفوَاتِها إلىٰ خَلَفٍ، وهو الثمن.

بخلاف العبدِ المديونِ؛ لأن للغرماءِ حَقَّ الاستسعاء، أما ها هنا: فبخلافه.

قال: (ومَن أوصىٰ بأن يُباعَ عبدُه، ويُتصدَّقَ بثمنِه علىٰ المساكين، فباعه الوصيُّ، وقَبَضَ الثمنَ، فضاع في يدِه، فاستُحِقَّ العبدُ: ضَمِنَ الوصيُّ)؛ لأنه هو العاقدُ، فتكونُ العُهدةُ عليه، وهذه عهدةٌ؛ لأن المشتريَ منه ما رضيَ ببَذْلِ الثمن إلا ليَسلَمَ له المَبيعُ، ولم يَسلَمْ، فقد أخذَ الوصيُّ البائعُ مالَ الغير بغيرِ رضاه، فيجبُ عليه ردُّه.

قال: (ويَرجِعُ فيما تَرَكَه الميتُ)؛ لأنه عامِلٌ له، فيرجعُ عليه، كالوكيل.

---

(١) أي لو تولىٰ الموصي البيعَ حال كونه حياً بنفسه.

(٢) لفظ: إن: هنا وصلية.

(٣) أي البيع.

(٤) أي مقام الموصي.

بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولىٰ البيعَ: حيثُ لا عُهدةَ عليه.

وإن قَسَمَ الوصيُّ الميراثَ، فأصاب صغيراً من الورثةِ عبدٌ، فباعه الوصيُّ، وقَبَضَ الثمنَ، فهَلَكَ، واستُحِقَّ العبدُ: رَجَعَ في مالِ الصغير.

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقولُ أوَّلاً: لا يَرجعُ؛ لأنه ضَمِنَ بقَبْضِه، ثم رَجَعَ إلىٰ ما ذَكَرْناه.

ويَرجعُ في جميع التركة.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يرجعُ في الثلثِ؛ لأنَّ الرجوعَ بحُكْمِ الوصية، فأَخَذَ حُكْمَها، ومَحَلُّ الوصيةِ الثلثُ.

وَجْهُ ظاهر الرواية: أنه يَرجعُ عليه بحكم الغرور، وذلك دَيْنٌ عليه، والدينُ يُقضىٰ من جميعِ التركة.

قال: (بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولىٰ البيعَ: حيثُ لا عُهدةَ عليه)؛ لأن في إلزامها القاضيَ تعطيلَ القضاء، إذْ يَتحامَىٰ عن تقلُّد هذه الأمانة؛ حَذَراً عن لزومِ الغرامةِ، فتتعطَّلُ مصلحةُ العامة.

وأمينُه سفيرٌ عنه، كالرسول، ولا كذلك الوصيُّ؛ لأنه بمنزلة الوكيلِ، وقد مرَّ في كتاب القضاء.

فإن كانت التركةُ قد هَلَكَتْ، أو لم يكن بها وفاءٌ: لم يرجعْ بشيءٍ، كما إذا كان علىٰ الميت دينٌ آخَرُ.

قال: (وإن قَسَمَ الوصيُّ الميراثَ، فأصاب صغيراً من الورثةِ عبدٌ، فباعه الوصيُّ، وقَبَضَ الثمنَ، فهلَكَ، واستُحِقَّ العبدُ: رَجَعَ في مالِ الصغير)؛ لأنه عامِلٌ له.

ويَرجعُ الصغيرُ علىٰ الورثة بحصته.

وإذا احتال الوصيُّ بمالِ اليتيم : فإن كان خيراً لليتيم : جاز.

وإن كان الأولُ أملأَ : لا يجوز.

ولا يجوزُ بيعُ الوصيِّ، ولا شراؤه إلا بما يَتغابَنُ الناسُ في مثلِه.

قال: (ويَرجعُ الصغيرُ علىٰ الورثة بحصته)؛ لانتقاض القسمةِ باستحقاق ما أصابَه.

قال: (وإذا احتال الوصيُّ بمالِ اليتيم: فإن كان خيراً لليتيم: جاز)، وهو أن يكونَ أملأ[1]، إذِ الولايةُ نظريةٌ.

قال: (وإن كان الأولُ أملأَ: لا يجوز) ؛ لأن فيه تضييعَ مالِ اليتيم علىٰ بعض الوجوه.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الوصيِّ، ولا شراؤه إلا بما يَتغابَنُ الناسُ في مثلِه)؛ لأنه لا نَظَرَ في الغَبْنِ الفاحش، بخلاف اليسيرِ؛ لأنه لا يُمكنُ التحرُّزُ عنه، ففي اعتبارِه انسدادُ بابِه.

والصبيُّ المأذونُ، والعبدُ المأذونُ، والمكاتبُ يجوزُ بيعُهم وشراؤهم بالغَبْنِ الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنهم يتصرَّفون بحُكْم المالكية، والإذنُ: فكُّ الحَجْرِ، بخلاف الوصيِّ؛ لأنه يتصرَّفُ بحُكْم النِّيابة الشرعيةِ نَظَراً، فيتقيَّدُ بموضعِ النَّظَر.

---

(١) أي أغنىٰ وأكثر مالاً. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

وإذا كُتِبَ كتابُ الشراءِ علىٰ وصيٍّ: كُتِبَ كتابُ الوصيةِ علىٰ حِدَةٍ، وكتابُ الشراءِ علىٰ حِدَةٍ.

وبيعُ الوصيِّ علىٰ الكبير الغائبِ: جائزٌ في كلِّ شيءٍ، إلا في العقار.

وعندهما: لا يَملِكونَه؛ لأن التصرُّفَ بالغَبْن الفاحشِ منه: تبرُّعٌ لا ضرورةَ فيه، وهم ليسوا من أهله.

قال: (وإذا كُتِبَ كتابُ الشراءِ علىٰ وصيٍّ: كُتِبَ كتابُ الوصيةِ علىٰ حِدَةٍ، وكتابُ الشراءِ علىٰ حِدَةٍ)؛ لأن ذلك أحوطُ، ولو[1] كُتِبَ جملةً: عسىٰ أن يكتبَ الشاهدُ شهادتَه في آخِرِه من غير تفصيلٍ[2]، فيصيرُ ذلك حَمْلاً له علىٰ الكذب.

ثم قيل: يُكتَبُ[3]: اشترىٰ من فلانِ بنِ فلانٍ، ولا يُكتَبُ: من فلانٍ وصيِّ فلانٍ؛ لِمَا بيَّنَّا.

وقيل: لا بأس بذلك؛ لأنَّ الوِصايةَ تُعلَمُ ظاهراً.

قال: (وبيعُ الوصيِّ علىٰ الكبير الغائبِ: جائزٌ في كلِّ شيءٍ، إلا في العقار)؛ لأن الأبَ يلي ما سواه، ولا يَلِيْه، فكذا وصيُّه فيه.

---

(١) هذا بيانٌ لوجه الأحوط.

(٢) أي من غير تفصيلٍ بين الوصاية والشراء. البناية ١٦/٤٠٦.

(٣) وضُبطت في نُسخ: يكتُبُ. قلت: أي القاضي أو المشتري، كما في حاشية سعدي علىٰ الهداية.

ولا يتَّجِرُ في المال.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: وصيُّ الأخِ في الصغير والكبير الغائب: بمنزلة وصيِّ الأبِ في الكبيرِ الغائب.

والوصيُّ أحقُّ بمالِ الصغيرِ من الجَدِّ.

وكان القياسُ أن لا يملِكَ الوصيُّ غيرَ العقار أيضاً؛ لأنه لا يملكُه الأبُ علىٰ الكبير الغائب، إلا أنَّا استحسنَّاه لِمَا أنه حِفْظٌ؛ لتسارع الفسادِ إليه، وحِفظُ الثمنِ أيسرُ، وهو يَملِكُ الحفظَ، أما العقارُ فمُحَصَّنٌ بنفسه.

قال: (ولا يتَّجِرُ في المال)؛ لأن المُفَوَّضَ إليه الحفظُ، دونَ التجارة.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: وصيُّ الأخِ في الصغير والكبير الغائب: بمنزلة وصيِّ الأبِ في الكبيرِ الغائب).

وكذا وصيُّ الأمِّ، ووصيُّ العمِّ.

وهذا الجوابُ في تَرِكَة هؤلاء؛ لأن وصيَّهم قائمٌ مقامَهم، وهم يملِكون ما يكونُ من باب الحفظ، فكذا وصيُّهم.

قال: (والوصيُّ أحقُّ بمالِ الصغيرِ من الجَدِّ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: الجَدُّ أحقُّ؛ لأنَّ الشرعَ أقامَه مَقامَ الأبِ حالَ عدمِه، حتىٰ أحرَزَ الميراثَ، فيُقدَّمُ علىٰ وصيِّه.

ولنا: أنَّ بالإيصاء تَنتَقِلُ ولايةُ الأبِ إليه، فكانت ولايتُه قائمةً معنىً،

---

(١) نهاية المطلب ١٢/٤٧.

فإن لم يُوصِ الأبُ: فالجَدُّ بمنزلةِ الأب.

فيُقدَّمُ عليه، كالأب نفسه، وهذا لأنَّ اختيارَه الوصيَّ مع علمِه بقيام الجَدِّ: يدلُّ علىٰ أنَّ تصرُّفَه أنظرُ لبَنيْه مِن تصرُّفِ أبيه.

قال: (فإن لم يُوصِ الأبُ: فالجَدُّ بمنزلةِ الأب)؛ لأنه أقربُ الناسِ إليه، وأشفقُهم عليه، حتىٰ يملِكُ الإنكاحَ دون وصيٍّ، غيرَ أنه يُقدَّمُ عليه وصيُّ الأبِ في التصرُّفِ؛ لِمَا بيَّنَّاه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ في الشهادة

وإذا شَهِدَ الوصيَّان أنَّ الميتَ أوصىٰ إلىٰ فلانٍ معهما : فالشهادةُ باطلةٌ .

إلا أن يدَّعِيَها المَشهودُ له، وكذلك الابنان .

ولو شَهِدَا لوارثٍ صغيرٍ بشيءٍ من مالِ الميت، أو غيرِه : فشهادتُهما باطلةٌ .

فصلٌ في الشهادة

قال: (وإذا شَهِدَ الوصيَّان أنَّ الميتَ أوصىٰ إلىٰ فلانٍ معهما: فالشهادةُ باطلةٌ)؛ لأنهما متَّهمان فيها؛ لإثباتهما مُعِيْناً لأنفسهما.

قال: (إلا أن يدَّعِيَها المَشهودُ له)، وهذا استحسانٌ.

وهو في القياس: كالأول؛ لِمَا بيَّنَّا من التهمة.

وَجْهُ الاستحسان: أنَّ للقاضي ولايةَ نَصْبِ الوصيِّ ابتداءً، أو ضَمِّ آخَرَ إليهما برضاه، بدون شهادتهما، فتسقطُ بشهادتهما مؤنةُ التعيينِ عنه، أما الوصايةُ: تثبتُ بنَصْب القاضي.

قال: (وكذلك الابنان)، معناه: إذا شَهِدَا أن الميتَ أوصىٰ إلىٰ رجلٍ، وهو يُنكِرُ؛ لأنهما يَجُرَّان إلىٰ أنفسِهما نفعاً بنَصْبِ حافظٍ للتَّرِكَة.

قال: (ولو شَهِدَا)، يعني الوصيَّيْن (لوارثٍ صغيرٍ بشيءٍ من مالِ الميت، أو غيرِه: فشهادتُهما باطلةٌ)؛ لأنهما يُظهِران ولايةَ التصرُّفِ لأنفسهما في المشهودِ به.

وإن شَهِدَا لوارثٍ كبيرٍ بشيءٍ في مالِ الميت : لم يَجُزْ، وإن كان في غيرِ مالِ الميت : جاز، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : إن شَهِدا لوارثٍ كبيرٍ : يجوزُ في الوجهَيْن .

وإذا شَهِدَ الرجلان لرجُلَيْن علىٰ ميتٍ بدَيْنِ ألفِ درهمٍ، وشَهِدَ الآخَرانِ للأوَّلَيْن بمثل ذلك : جازتْ شهادتُهما .

فإن كانت شهادةُ كلِّ فريقٍ للآخَرِ بوصيةِ ألفِ درهمٍ : لم تَجُزْ .

قال: (وإن شَهِدَا لوارثٍ كبيرٍ بشيءٍ في مالِ الميت: لم يَجُزْ، وإن كان في غيرِ مالِ الميت: جاز، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شَهِدا لوارثٍ كبيرٍ: يجوزُ في الوجهَيْن)؛ لأنه لا تثبتُ لهما ولايةُ التصرُّف في التركةِ إذا كانت الورثةُ كباراً، فعَرِيَتْ عن التهمة.

وله: أنه تثبتُ لهما ولايةُ الحفظِ، وولايةُ بيعِ المنقولِ عند غَيْبَةِ الوارثِ، فتحقَّقَتِ التهمةُ، بخلاف شهادتِهما في غير التركة؛ لانقطاع ولايةِ وصيِّ الأبِ عنه؛ لأن الميتَ أقامه مَقامَ نفسِه في تَرِكَته، لا في غيرها.

قال: (وإذا شَهِدَ الرجلان لرجُلَيْن علىٰ ميتٍ بدَيْنِ[1] ألفِ درهمٍ، وشَهِدَ الآخَرانِ للأوَّلَيْن بمثل ذلك: جازتْ شهادتُهما.

فإن كانت شهادةُ كلِّ فريقٍ للآخَرِ بوصيةِ ألفِ درهمٍ: لم تَجُزْ)، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

---

(١) وفي نُسخ: بدينٍ. بالتنوين، لا بالإضافة.

ولو شَهِدَا أنه أوصىٰ لهذَيْن الرجُلَيْن بجاريته، وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّ الميتَ أوصىٰ للشاهدَيْن بعبدِهِ : جازتِ الشهادةُ، بالاتفاق.

ولو شَهِدَا أنه أوصىٰ لهذَيْن الرجُلَيْن بثُلُثِ مالِه، وشَهِدَ.........

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تُقبلُ في الدَّيْن أيضاً.

وأبو حنيفة رحمه الله فيما ذَكَرَ الخَصَّافُ رحمه الله مع أبي يوسف رحمه الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله مثلُ قولِ محمدٍ رحمه الله.

وجهُ القبول: أنَّ الدَّيْنَ يجبُ في الذمةُ، وهي قابلةٌ لحقوقٍ شتىٰ، فلا شركةَ.

ولهذا لو تبرَّع أجنبيٌّ بقضاءِ دَيْنِ أحدِهما: ليس للآخَر حَقٌّ المشاركة.

وَجْهُ الردِّ: أن الدَّيْنَ بالموت يتعلَّقُ بالتركة، إذِ الذمةُ خَرِبَتْ بالموت، ولهذا لو استوفىٰ أحدُهما حقَّه من التركة: يشاركُه الآخَرُ فيه، فكانت الشهادةُ مثبِتَةً حقَّ الشركة، فتحقَّقَتِ التهمة.

بخلاف حالِ حياةِ المديون: لأنه في الذمة؛ لبقائها لا في المال، فلا تتحقَّقُ الشركةُ.

قال: (ولو شَهِدَا أنه أوصىٰ لهذَيْن الرجُلَيْن بجاريته، وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّ الميتَ أوصىٰ للشاهدَيْن بعبدِهِ: جازتِ الشهادةُ، بالاتفاق)؛ لأنه لا شركةَ، فلا تهمةَ.

قال: (ولو شَهِدَا أنه أوصىٰ لهذَيْن الرجُلَيْن بثُلُثِ مالِه، وشَهِدَ

المَشهودُ لهما أنه أوصىٰ للشاهدَيْن بثُلُثِ مالِه : فالشهادةُ باطلةٌ .

وكذلك إذا شَهِدَ الأوَّلان أنَّ الميتَ أوصىٰ لهذَيْن الرَّجُلَيْن بعبدٍ، وشَهِدَ المشهودُ لهما أنه أوصىٰ للأوَّلَيْن بثُلُثِ مالِه : فهي باطلةٌ .

المَشهودُ لهما أنه أوصىٰ للشاهدَيْن بثُلُثِ مالِه: فالشهادةُ باطلةٌ.

وكذلك إذا شَهِدَ الأوَّلان أنَّ الميتَ أوصىٰ لهذَيْن الرَّجُلَيْن بعبدٍ[1]، وشَهِدَ المشهودُ لهما أنه أوصىٰ للأوَّلَيْن بثُلُثِ مالِه: فهي باطلةٌ) ؛ لأنَّ الشهادةَ في هذه الصورة مُثْبِتَةٌ للشركة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخة ٩٨١هـ: بعبده.

كتاب الخُنْثَىٰ

فصلٌ في بيانِه

وإذا كان للمولودِ فَرْجٌ وذَكَرٌ: فهو خُنْثَىٰ.

فإن كان يبولُ من الذَّكَرِ: فهو غُلامٌ، وإن كان يبولُ من الفَرْجِ: فهو أُنثىٰ.

كتاب الخُنْثَىٰ

فصلٌ في بيانِه

قال: (وإذا كان للمولودِ فَرْجٌ وذَكَرٌ: فهو خُنْثَىٰ.

فإن كان يبولُ من الذَّكَرِ: فهو غُلامٌ، وإن كان يبولُ من الفَرْجِ: فهو أُنثىٰ)؛ لأنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام سُئل عنه كيف يُورَّث؟ فقال: «مِن حيثُ يبولُ»(١).

وعن عليٍّ رضي الله عنه مثلُه(٢).

---

(١) سنن البيهقي (١٢٥١٨)، وقال: إسناده ضعيف، وبعد أن رواه من طريق أبي يوسف قال: محمد بن السائب الكلبي: لا يحتج به. اهـ، ولكن مما يقوي الحديث أن العمل جارٍ عليه، فقد قال ابن المنذر: «أجمع كلُّ مَن نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ أن الخنثىٰ يورَّث من حيث يبول»، كما في المغني لابن قدامة ١١٤/٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٩٢٠٤).

وإن بال منهما : فالحُكْمُ للأسبق.

وإن كانا في السَّبْقِ سواءً : فلا معتبرَ بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يُنسَبُ إلىٰ أكثرهما بولاً.

وإذا بَلَغَ الخُنثىٰ، وخَرَجَتْ له لحيةٌ، أو وَصَلَ إلىٰ النساء : فهو رجلٌ.

ولأن البولَ من أيِّ عضوٍ كان: فهو دلالةٌ علىٰ أنه هو العضوُ الأصليُّ الصحيحُ، والآخَرُ بمنزلة العيب.

قال: (وإن بال منهما: فالحُكْمُ للأسبق)؛ لأن ذلك دلالةٌ أخرىٰ علىٰ أنه هو العضوُ الأصليُّ.

قال: (وإن كانا في السَّبْقِ سواءً: فلا معتبرَ بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يُنسَبُ إلىٰ أكثرهما بولاً)؛ لأنه علامةُ قوةِ ذلكِ العضوِ، وكونِه عضواً أصلياً.

ولأن للأكثرِ حُكْمَ الكلِّ في أصول الشرع، فيترجَّحُ بالكثرة.

وله: أن كثرةَ الخروج ليس يدلُّ علىٰ القوة؛ لأنه قد يكون لاتساعٍ في أحدهما، وضِيْقٍ في الآخَر.

وإن كان يَخرجُ منهما علىٰ السواء: فهو مشكِلٌ، بالاتفاق؛ لأنه لا مرجِّحَ.

قال: (وإذا بَلَغَ الخُنثىٰ، وخَرَجَتْ له لحيةٌ، أو وَصَلَ إلىٰ النساء: فهو رجلٌ).

وكذا إذا احتلم كما يَحتَلِمُ الرجلُ، أو كان له ثديٌ مُسْتَوٍ؛ لأن هذه من علامات الذُّكْران.

ولو ظَهَرَ له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَزَلَ له لبنٌ في ثديه، أو حاضَ، أو حَبِلَ، أو أمكنَ الوصولُ إليه من الفرجِ : فهو امرأةٌ.

وإن لم تظهرْ إحدىٰ هذه العلامات : فهو خنثىٰ مشكلٌ.

قال: (ولو ظَهَرَ له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَزَلَ له لبنٌ في ثدييه[1]، أو حاضَ، أو حَبِلَ، أو أمكنَ الوصولُ إليه من الفرجِ: فهو امرأةٌ)؛ لأن هذه من علامات النساء.

(وإن لم تظهرْ إحدىٰ هذه العلامات: فهو خنثىٰ مشكلٌ).

وكذا إذا تعارضتْ له هذه المَعالِمُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: ثديه. بالإفراد.

فصلٌ في أحكامه

وإذا وَقَفَ خَلْفَ الإمامِ: قام بين صَفِّ الرجالِ والنساء.

فإن قام في صفِّ النساءِ: فأحبُّ إليَّ أن يُعيدَ صلاتَه.

وإن قام في صفِّ الرجالِ: فصلاتُه تامَّةٌ، ويُعيدُ الذي عن يمينه، وعن يساره، والذي خلفَه بحِذائه صلاتَهم.

فصلٌ في أحكامه

قال رضي الله عنه: الأصلُ في الخنثىٰ المشكِل: أنْ يُؤخَذَ فيه بالأحوط والأوثقِ في أمورِ الدِّيْن، وأن لا يُحكَمَ بثبوت حُكْمٍ وَقَعَ الشكُّ في ثبوته.

قال: (وإذا وَقَفَ خَلْفَ الإمامِ: قام بين صَفِّ الرجالِ والنساء)؛ لاحتمال أنه امرأةٌ، فلا يَتخلَّلُ الرجالَ؛ كي لا يُفسِدَ صلاتَهم، ولا النساءَ؛ لاحتمال أنه رجلٌ، فتفسُدَ صلاتُه.

قال: (فإن قام في صفِّ النساءِ: فأحبُّ إليَّ[1] أن يُعيدَ صلاتَه)؛ لاحتمال أنه رجلٌ، فتفسدُ صلاتُه.

قال: (وإن قام في صفِّ الرجالِ: فصلاتُه تامَّةٌ، ويُعيدُ الذي عن يمينه، وعن يساره، والذي خلفَه بحِذائه صلاتَهم)؛ احتياطاً؛ لاحتمال أنه امرأةٌ.

---

(١) إنما قال: أحبُّ إليَّ، ولم يقل: وجب، مع أن فيها جهةَ الفساد، وفي العبادات جهةُ الفساد راجحةٌ: لِمَا أن فسادَ الصلاة بجهة المحاذاة مختلَفٌ فيه، وفي كونه رجلاً أيضاً: احتمالٌ، فصار بمنزلة شبهة الشبهة، فلذلك قال: أَحَبُّ إلي. البناية ٤١٧/١٦.

وأحَبُّ إليَّ أن يُصليَ بقِنَاعٍ، ويَجلسَ في صلاتِه جلوسَ المرأةِ.
وإن صلىٰ بغير قِناعٍ: أَمَرْتُه أن يُعيدَ.
وتُبتاعُ له أَمَةٌ تَخْتِنُه إن كان له مالٌ.

قال[١]: (وأحَبُّ إليَّ أن يُصلِّيَ بقِنَاعٍ[٢])؛ لأنه يحتملُ أنه امرأةٌ.

قال: (ويَجلسَ في صلاتِه جلوسَ المرأةِ)؛ لأنه إنْ كان رجلاً: فقد تَرَكَ سُنَّةً، وهو جائزٌ في الجملة، وإن كان امرأةً: فقد ارتكب مكروهاً؛ لأن السَّتْرَ علىٰ النساء واجبٌ ما أمكن.

قال: (وإن صلىٰ بغير قِناعٍ: أَمَرْتُه أن يُعيدَ)؛ لاحتمال أنه امرأةٌ، وهو[٣] علىٰ الاستحباب، وإن لم يُعِدْ: أجزأه.

قال: (وتُبتاعُ له أَمَةٌ تَخْتِنُه إن كان له مالٌ)؛ لأنه يُباحُ لمملوكته النظرُ إليه[٤]، رجلاً كان أو امرأةً[٥].

---

(١) قال في البناية ١٦/٤١٧: لفظ: قال: هنا لم يقع في محلِّه؛ لأنه إنما يُذكر إما لمحمد رحمه الله تعالىٰ، وإما للقدوري، ولم تُذكر هذه المسألة إلا في الأصل، وكذلك لم يقع لفظ: قال: في نسخة شيخي العلاء. اهـ

(٢) المِقْنعة: ما تُقنِّعُ به المرأةُ رأسَها، والقناع: أوسع من المِقنعة. مختار الصحاح.

(٣) أي الأمر بالإعادة، وهذا قبل البلوغ، فأما بعد البلوغ: تجب الإعادة. البناية ١٦/٤١٧.

(٤) أي إلىٰ الخنثىٰ.

(٥) نقل في البناية ١٦/٤١٨ عن الكاكي: أن هذا التعليلَ يصحُّ في حقِّ الرجل، ولا يصح في حقِّ المرأة؛ لأن الأمةَ لا يُباحُ لها النظرُ إلىٰ مواضع العورة من سيدتها=

ويكره أن يَختِنَه رجلٌ، أو تَختِنَه امرأةٌ.

وإن لم يكن له مالٌ: ابتاعَ له الإمامُ أَمَةً من بيت المال.

فإذا خَتَنَتْه: باعها، وردَّ ثمنَها في بيت المال.

ويكره له في حياته: لُبْسُ الحُلِيِّ والحريرِ، وأنْ يَكشِفَ قُدَّامَ الرجالِ، أو قُدَّامَ النساء.

وأنْ يَخْلُوَ به غيرُ مَحْرَمٍ من رجلٍ أو امرأةٍ، وأن يُسافِرَ من غير مَحْرَمٍ من الرجال

قال: (ويكره أن يَختِنَه رجلٌ)؛ لأنه عساه أنثىٰ.

(أو تَختِنَه امرأةٌ)؛ لأنه لعلَّه رجلٌ، فكان الاحتياطُ فيما قلنا.

قال: (وإن لم يكن له مالٌ: ابتاعَ له الإمامُ أَمَةً من بيت المال)؛ لأنه أُعِدَّ لنوائب المسلمين.

قال: (فإذا خَتَنَتْه: باعها، وردَّ ثمنَها في بيت المال)؛ لوقوع الاستغناءِ عنها.

قال: (ويكره له في حياته: لُبْسُ الحُلِيِّ والحريرِ، وأنْ يكشِفَ قُدَّامَ الرجالِ، أو قُدَّامَ النساء.

وأنْ يَخْلُوَ به غيرُ مَحْرَمٍ من رجلٍ أو امرأةٍ، وأن يُسافِرَ من غير مَحْرَمٍ من الرجال)؛ تَوَقِّياً عن احتمال المُحَرَّم.

مطلقاً، ونَقَلَ عن الأترازي ـ مُجيباً ـ قال: فيه نظرٌ؛ لأن ذلك في حالة الاختيار، لا في حالة العذر. اهـ، ولهذا كَتَبَ سعدي تحت لفظ: رجلاً: مطلقاً، وكَتَبَ تحت لفظ: امرأةً: ضرورةً. اهـ

وإن أحرم وقد راهَقَ: قال أبو يوسف رحمه الله: لا عِلْمَ لي في لباسِه.

وقال محمدٌ رحمه الله: يَلبَسُ لباسَ المرأةِ.

ولا شيءَ عليه.

ومَن حَلَفَ بطلاقٍ أو عَتَاقٍ إن كان أوَّلُ ولدٍ تلدِيْنَه غلاماً، فولدَتْ خنثىٰ: لم يقعْ حتىٰ يستبِيْنَ أمرُ الخنثىٰ.

ولو قال: كلُّ عبدٍ لي حُرٌّ، أو قال: كلُّ أمةٍ لي حُرَّةٌ، وله مملوكٌ خنثىٰ: لم يَعتِقْ حتىٰ يستبِيْنَ أمرُه.

قال: (وإن أحرم وقد راهَقَ: قال أبو يوسف رحمه الله: لا عِلْمَ لي في لباسِه)؛ لأنه إن كان ذَكَراً: يكره له لُبْسُ المَخيط، وإن كان أنثىٰ: يكره له تَركُه.

(وقال محمدٌ رحمه الله: يَلبَسُ لباسَ المرأةِ)؛ لأنَّ تَرْكَ لُبْسِ المَخيط وهو امرأةٌ: أفحشُ من لُبْسِه وهو رجلٌ.

(ولا شيءَ عليه)؛ لأنه لم يبلُغ[1].

قال: (ومَن حَلَفَ بطلاقٍ أو عَتَاقٍ إن كان أوَّلُ ولدٍ تلدِيْنَه غلاماً، فولدَتْ خنثىٰ: لم يقعْ حتىٰ يستبِيْنَ أمرُ الخنثىٰ)؛ لأن الحِنْثَ لا يثبتُ بالشك.

قال: (ولو قال: كلُّ عبدٍ لي حُرٌّ، أو قال: كلُّ أمةٍ لي حُرَّةٌ، وله مملوكٌ خنثىٰ: لم يَعتِقْ حتىٰ يستبِيْنَ أمرُه)؛ لِمَا قلنا.

---

(١) أي لا شيء عليه من الدم؛ لم يبلغ لكونه مراهقاً، فلا تكون عليه جناية.

وإن قال القولَيْن جميعاً : عَتَقَ .

وإن قال الخنثىٰ : أنا رجلٌ، أو قال : أنا امرأةٌ : لم يُقبَلْ قولُه إذا كان مُشكِلاً .

وإن لم يكن مُشكِلاً : ينبغي أن يُقبَلَ قولُه .

وإن مات قبلَ أن يَستبِيْنَ أمرُه : لم يَغْسِلْه رجلٌ، ولا امرأةٌ .

ويُيَمَّمُ بالصعيد .

ولا يَحضُرُ إن كان مراهِقاً غَسْلَ رجلٍ، ولا امرأةٍ .

(وإن قال القولَيْن[1] جميعاً: عَتَقَ)؛ للتيقُّن بأحدِ الوصفَيْن؛ لأنه ليس بمُهمَلٍ[2].

قال: (وإن قال الخنثىٰ: أنا رجلٌ، أو قال: أنا امرأةٌ: لم يُقبَلْ قولُه إذا كان مُشكِلاً)؛ لأنه دعوىً تُخالِفُ قضيةَ الدليل.

(وإن لم يكن مُشكِلاً: ينبغي أن يُقبَلَ قولُه)؛ لأنه أعلمُ بحاله من غيره.

قال: (وإن مات قبلَ أن يَستبِيْنَ أمرُه: لم يَغْسِلْه رجلٌ، ولا امرأةٌ)؛ لأنَّ حِلَّ الغَسْلِ غيرُ ثابتٍ بين الرجال والنساء، فيُتوقَّىٰ؛ لاحتمال الحُرمة.

(ويُيَمَّمُ بالصعيد)؛ لتعذُّر الغَسْل.

قال: (ولا يَحضُرُ إن كان مراهِقاً غَسْلَ رجلٍ، ولا امرأةٍ)؛ لاحتمال أنه ذَكَرٌ أو أنثىٰ.

---

(١) أي كل عبد، أو كل أمة.

(٢) أي ليس بخالٍ عن أحد الحالَيْن.

وإن سُجِّيَ قبرُه : فهو أحبُّ.

وإذا مات، فصُلِّيَ عليه وعلىٰ رجلٍ وامرأةٍ: وُضِعَ الرجلُ مما يلي الإمامَ، والخنثىٰ خلفَه، والمرأةُ خلفَ الخنثىٰ، فيُؤخَّرُ عن الرجل، ويُقدَّمُ علىٰ المرأة.

ولو دُفِنَ مع رجلٍ في قبرٍ واحدٍ من عُذْرٍ : جُعِلَ الخنثىٰ خلفَ الرجلِ.

ويُجعَلُ بينهما حاجزٌ من صعيد.

وإن كان مع امرأةٍ : قُدِّمَ الخنثىٰ.

وإن جُعِلَ علىٰ السرير نَعْشُ المرأةِ : فهو أحبُّ إليَّ.

قال: (وإن سُجِّيَ قبرُه: فهو أحبُّ)؛ لأنه إن كان أنثىٰ: يُقيمُ واجباً، وإن كان ذكراً: فالتسجيةُ لا تضرُّه.

قال: (وإذا مات، فصُلِّيَ عليه وعلىٰ رجلٍ وامرأةٍ: وُضِعَ الرجلُ مما يلي الإمامَ، والخنثىٰ خلفَه، والمرأةُ خلفَ الخنثىٰ، فيُؤخَّرُ عن الرجل)؛ لاحتمال أنه امرأةٌ، (ويُقدَّمُ علىٰ المرأة)؛ لاحتمال أنه رجلٌ.

قال: (ولو دُفِنَ مع رجلٍ في قبرٍ واحدٍ من عُذْرٍ: جُعِلَ الخنثىٰ خلفَ الرجلِ)؛ لاحتمال أنه امرأةٌ.

(ويُجعَلُ بينهما حاجزٌ من صعيد.

وإن كان مع امرأةٍ: قُدِّمَ الخنثىٰ)؛ لاحتمال أنه رجلٌ.

قال: (وإن جُعِلَ علىٰ السرير نَعْشُ[1] المرأةِ: فهو أحبُّ إليَّ)؛

---

(١) هو: شِبْهُ المِلْحَفَة مُشبَّكٌ، يُطبَّقُ علىٰ المرأة إذا وُضِعَتْ علىٰ الجنازة.

ويُكفَّنُ كما تُكفَّنُ الجاريةُ، وهو أحبُّ إليَّ.

ولو مات أبوه، وخَلَّفَ ابناً: فالمالُ بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله أثلاثاً: للابنِ سهمان، وللخنثىٰ سهمٌ، وهو أنثىٰ عنده في الميراثِ، إلا أن يتبيَّنَ غيرُ ذلك.

وقالا: للخنثىٰ نصفُ ميراثِ ذَكَرٍ، ونصفُ ميراثِ أنثىٰ، وهو قول الشعبيِّ رحمه الله.

لاحتمال أنه عورةٌ.

قال: (ويُكفَّنُ كما تُكفَّنُ الجاريةُ، وهو أحبُّ إليَّ)، يعني يُكفَّن في خمسةِ أثوابٍ؛ لأنه إذا كان أنثىٰ: فقد أُقيمتْ سُنَّةٌ، وإن كان ذكراً: فقد زادوا علىٰ الثلاث، ولا بأسَ بذلك.

قال: (ولو مات أبوه، وخَلَّفَ ابناً: فالمالُ بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله أثلاثاً: للابنِ سهمان، وللخنثىٰ سهمٌ، وهو أنثىٰ عنده في الميراثِ، إلا أن يتبيَّنَ غيرُ ذلك.

وقالا[1]: للخنثىٰ نصفُ ميراثِ ذَكَرٍ، ونصفُ ميراثِ أنثىٰ، وهو قول الشعبيِّ[2] رحمه الله.

---

(١) في عامة كتب الحنفية ذُكر قول محمد مع الإمام، وعليه الفتوىٰ. البناية ١٦/٤٢٢.

(٢) عامر بن شرَاحِيل الهمداني الكوفي، الإمام الفقيه القاضي المحدِّثُ المفنَّن المتقن، علاَّمة التابعين، (١٩هـ ـ ١٠٣هـ)، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٧٩.

واختلفا في قياسِ قولِه : قال محمدٌ رحمه الله : المالُ بينهما علىٰ اثني عشرَ سهماً : للابن سبعةٌ، وللخنثىٰ خمسةٌ.

وقال أبو يوسف رحمه الله : المالُ بينهما علىٰ سبعةٍ : للابنِ أربعةٌ، وللخنثىٰ ثلاثةٌ.

واختلفا[١] في قياسِ قولِه[٢]: قال محمدٌ رحمه الله: المالُ بينهما علىٰ اثني عشرَ سهماً: للابن سبعةٌ، وللخنثىٰ خمسةٌ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: المالُ بينهما علىٰ سبعةٍ: للابنِ أربعةٌ، وللخنثىٰ ثلاثةٌ)؛ لأن الابنَ يَستَحِقُّ كلَّ الميراث عند الانفراد، والخنثىٰ يستحقُّ ثلاثةَ الأرباع.

فعند الاجتماع: يُقسَمُ بينهما علىٰ قَدْرِ حَقِّهما[٣]، هذا يَضرِبُ بثلاثةٍ، وذلك يَضرِبُ بأربعةٍ، فيكون سبعةً.

ولمحمدٍ رحمه الله: أن الخنثىٰ لو كان ذكراً: يكونُ المالُ بينهما نصفَيْن، وإن كان أنثىٰ: يكون المالُ بينهما أثلاثاً، احتَجْنا إلىٰ حسابٍ له: نصفٌ وثلثٌ، وأقلُّ ذلك ستةٌ، ففي حال: يكونُ المالُ بينهما نصفَيْن، لكلِّ واحدٍ ثلاثةٌ، وفي حالٍ: يكون أثلاثاً: للخنثىٰ سهمان، وللابن أربعةٌ.

فسهمان للخنثىٰ ثابتان بيقينٍ، ووقَعَ الشكُّ في السهم الزائدِ، فيتنصَّفُ،

---

(١) أي اختلف الصاحبان في تخريج قول الشعبي رحمه الله.

(٢) وفي نسخة: واختلفوا.

(٣) وفي نُسخ: حقيهما.

. . . .

فيكونُ له سهمان ونصفٌ، فانكسر، فيُضعَّفُ ليزولَ الكَسْرُ، فصار الحسابُ من اثني عشر: للخنثىٰ خمسةٌ، وللابن سبعةٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الحاجةَ ها هنا إلىٰ إثبات المال ابتداءً، والأقلُّ وهو ميراثُ الأنثىٰ متيقَّنٌ به، وفيما زاد عليه شكٌّ، فأثبَتْنا[1] المتيقَّنَ قصراً عليه؛ لأن المالَ لا يجبُ بالشكِّ، وصار كما إذا كان الشكُّ في وجوب المالِ بسببٍ آخَرَ، فإنه يُؤخَذُ فيه بالمتيقَّن، كذا هذا.

إلا أن يكونَ نصيبُه الأقلَّ لو قدَّرناه ذكراً، فحينئذٍ يُعطَىٰ نصيبَ الابنِ في تلك الصورة؛ لكونه متيقَّناً به، وهو أن تكونَ الورثةُ: زوجاً وأُمّاً وأختاً لأبٍ وأُمٍّ هي خنثىٰ، أو: امرأةٌ وأخوَيْن لأُمٍّ وأختاً لأبٍ وأمٍّ هي خنثىٰ.

فعندنا: في الأُولىٰ: للزوج النصفُ، وللأُمِّ الثلثُ، والباقي للخنثىٰ؛ لأنه أقلُّ النصيبَيْن.

وفي الثانية: للمرأة الربعُ، وللأخوَيْن لأمٍّ الثلثُ، والباقي للخنثىٰ؛ لأنه أقلُّ النصيبَيْن فيهما، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فأوجبنا.

مسائلُ شتىً

وإذا قُرِئَ علىٰ الأخرسِ كتابُ وصيةٍ، فقيل له : نَشْهَدُ عليك بما في هذا الكتاب؟ فأومأ برأسِه، أي : نعم، أو كَتَبَ، فإذا جاء من ذلك ما يُعرَفُ أنه إقرارٌ : فهو جائزٌ.

ولا يجوزُ ذلك في الذي يُعتَقَلُ لسانُه.

مسائلُ شتىً

وفيها أحكامُ الأخرس

قال: (وإذا قُرِئَ علىٰ الأخرسِ كتابُ وصيةٍ، فقيل له: نَشْهَدُ عليك بما في هذا الكتاب؟ فأومأ برأسِه، أي: نعم، أو كَتَبَ[1]، فإذا جاء من ذلك ما يُعرَفُ أنه إقرارٌ: فهو جائزٌ، ولا يجوزُ ذلك في الذي يُعتَقَلُ لسانُه).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يجوزُ في الوجهَيْن[3]؛ لأن المُجَوِّزَ إنما هو العَجْزُ، وقد شَمِلَ الفصلَيْن.

ولا فَرْقَ بين الأصليِّ والعارضيِّ، كالوَحشيِّ والمتوحِّشِ من الأهلي في حَق الذَّكاة.

---

(١) أي كتب الأخرسُ: نعم.

(٢) أسنىٰ المطالب ٦/٢.

(٣) أي الأخرس، ومعتقل اللسان، وهو المرادُ من قوله بعد قليل: الفصلَيْن، فالأخرس: عجزٌ أصليٌّ، والعارضيُّ وهو معتقل اللسان: عجزٌ عارضٌ.

وإذا كان الأخرسُ يَكتُبُ كتاباً، أو يومِئُ إيماءً يُعرَفُ به: فإنه يجوزُ نكاحُه، وطلاقُه، وعَتَاقُه، وبيعُه وشراؤه، ويُقتَصُّ له، ومنه، ولا يُحَدُّ، ولا يُحَدُّ له.

والفَرْقُ لأصحابنا رحمهم الله: أن الإشارةَ إنما تُعتبرُ إذا صارت معهودةً معلومةً، وذلك في الأخرس، دون المعتَقَلِ لسانُه، حتىٰ لو امتدَّ ذلك، وصارتْ له إشاراتٌ معلومةٌ: قالوا: هو[1] بمنزلةِ الأخرس.

ولأن التفريطَ جاء من قِبَلِه، حيثُ أَخَّرَ الوصيةَ إلىٰ هذا الوقت، أما الأخرسُ فلا تفريطَ منه.

ولأن العارضيَّ علىٰ شَرَفِ الزوال، دونَ الأصلي، فلا يَنْقَاسان.

وفي الآبدِة[2]: عَرَفْناه بالنص.

قال: (وإذا كان الأخرسُ يكتُبُ كتاباً، أو يومِئُ إيماءً يُعرَفُ به: فإنه يجوزُ نكاحُه، وطلاقُه، وعَتَاقُه، وبيعُه وشراؤه، ويُقتَصُّ له، ومنه، ولا يُحَدُّ، ولا يُحَدُّ له).

أما الكتابةُ: فلأنها ممن نَأَىٰ[3]: بمنزلة الخطابِ ممَّن دَنَا.

---

(١) وفي نُسخ: هذا.

(٢) أي المتوحشة، وجَمْعُ: الآبدة: أوابد، وهذا جوابٌ عن قول الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) أي بَعُدَ.

. . . .

ألا ترىٰ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أدَّىٰ واجبَ التبليغِ مرَّةً بالعبارة، وتارةً بالكتابة إلىٰ الغُيَّبِ[١].

والمُجوِّزُ في حقِّ الغائبِ: العَجْزُ، وهو في حَقِّ الأخرسِ أظهرُ وألزمُ.

ثم الكتابُ[٢] علىٰ ثلاثِ مراتِبَ: مُستَبِيْنٌ[٣] مرسومٌ[٤]، وهو بمنزلة النُّطْقِ في الغائبِ والحاضرِ، علىٰ ما قالوا.

ومُستَبِيْنٌ غيرُ مُرْسومٍ: كالكتابة علىٰ الجدارِ، وأوراقِ الأشجار: فيُنوَّىٰ فيه[٥]، لأنه بمنزلة صريحِ الكتابة، فلا بدَّ من النية.

وغيرُ مُستبِيْنٍ: كالكتابة علىٰ الهواءِ والماءِ، وهو بمنزلة كلامٍ غيرِ مسموعٍ، فلا يَثبتُ به الحكم.

وأما الإشارةُ: فجُعِلَتْ حُجَّةً في حَقِّ الأخرس في حَقِّ هذه الأحكام؛

---

(١) قال في الدراية ٢/٢٩٥: أما التبليغ بالعبارة: فمشهورٌ، وأما الكتابة: فقد كتب النبي صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ قيصر يدعوه إلىٰ الإسلام، وبعث بكتابه مع دِحية: في صحيح مسلم (١٧٧٣)، وكتب صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ كسرىٰ والنجاشي وإلىٰ كل جبار يدعوهم إلىٰ الله عزَّ وجلَّ: في صحيح مسلم (١٧٧٤).

(٢) وفي نُسخ: الكتابة.

(٣) أي بيِّنٌ.

(٤) أي مُعَنْوَنٌ بالعنوان، والعنوان: أن يُكتب في صدره: من فلانٍ إلىٰ فلان.

(٥) أي يُطلَبُ منه النية فيه.

. . . .

للحاجة إلىٰ ذلك؛ لأنها من حقوقِ العبادِ، ولا تختَصُّ بلفظٍ دونَ لفظٍ، وقد تثبتُ بدون اللفظ.

والقصاصُ حَقُّ العبدِ أيضاً.

ولا حاجةَ إلىٰ الحدودِ[1]؛ لأنها خالصُ حَقِّ الله تعالىٰ.

ولأنها تندرئُ بالشبهات، ولعلَّه كان مُصَدِّقاً للقاذِفِ، فلا يُحَدُّ للشبهة.

ولا يُحَدُّ أيضاً بالإشارةِ في القذفِ؛ لانعدامِ القذفِ صريحاً، وهو الشرطُ.

ثم الفَرْقُ بين الحدودِ والقصاصِ: أنَّ الحَدَّ لا يَثبتُ ببيانٍ فيه شبهةٌ؛ ألا ترىٰ أنهم لو شهدوا بالوطءِ الحرامِ، أو أقرَّ بالوطء الحرام: لا يجبُ الحدُّ.

ولو شهدوا بالقتل المطلَقِ، أو أقرَّ بمطلَقِ القتل: يجبُ القصاصُ وإن لم يوجد لفظُ التعمَّدِ.

وهذا لأن القصاصَ فيه معنىٰ العِوَضية؛ لأنه شُرِعَ جابراً، فجاز أن يثبتَ مع الشبهة، كسائر المعاوضات التي هي حقُّ العبدِ.

أما الحدودُ الخالصةُ لله تعالىٰ: فشُرِعتْ زواجرَ، وليس فيها معنىٰ العِوَضية، فلا تَثبتُ مع الشبهةِ؛ لعدم الحاجة.

وذَكَرَ في كتاب الإقرار[2]: أن الكتابَ من الغائب ليس بحجةٍ في قصاصٍ يجبُ عليه.

---

(١) أي لا حاجة إلىٰ التوسعة في الحدود.

(٢) من الأصل، للإمام محمد رحمه الله.

. . . .

ويَحتمِلُ أن يكون الجوابُ ها هنا[١] كذلك، فيكونُ فيهما روايتان.

ويَحتملُ أن يكون مفارِقاً لذلك؛ لأنه يمكنُ الوصولُ إلىٰ نُطْقِ الغائبِ في الجملة؛ لقيام أهليةِ النُّطْق، ولا كذلكَ الأخرسُ؛ لتعذُّرِ الوصول إلىٰ النُّطْقِ؛ للآفة المانعة.

ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أنَّ الإشارةَ معتبرةٌ وإن كان قادراً علىٰ الكتابة، بخلاف ما توهَّمَه بعضُ أصحابنا[٢] رحمهم الله، أنه لا تُعتبرُ الإشارةُ مع القدرةِ علىٰ الكتابة؛ لأنه حجةٌ ضروريةٌ، ولا ضرورةَ؛ لأنه جَمَعَ ها هنا بينهما، فقال: أشار، أو كتَبَ.

وإنما استويا: لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما حجةٌ ضروريةٌ، وفي الكتابةِ زيادةُ بيانٍ لم توجد في الإشارة.

وفي الإشارة زيادةُ أثرٍ[٣] لم يوجد في الكتاب؛ لِمَا[٤] أنه أقربُ إلىٰ النطق من آثار الأقلام، فاستويا.

وكذلك الذي صَمَتَ يوماً، أو يومَيْن لعارضٍ[٥]؛ لِمَا بيَّنَّا في المعتَقَلِ لسانُه أنَّ آلةَ النُّطْقِ قائمةٌ.

---

(١) أي في الأخرس.

(٢) لم يتبيَّن لي مَن المراد.

(٣) وفي نُسخ: أمْرٍ.

(٤) وفي نُسخ: لأنه.

(٥) وفي نُسخ: بعارضٍ.

وإذا كانت الغَنَمُ مذبوحةً، وفيها ميتةٌ: فإن كانتِ المذبوحةُ أكثرَ: تحرَّىٰ فيها، وأَكَلَ، وإن كانت الميتةُ أكثرَ، أو كانا نصفَيْن: لم تُؤكَل.

وقيل: هذا تفسيرٌ لمعتَقَلِ اللسان.

قال: (وإذا كانت الغَنَمُ مذبوحةً، وفيها ميتةٌ: فإن كانتِ المذبوحةُ أكثرَ: تحرَّىٰ فيها، وأَكَلَ، وإن كانت الميتةُ أكثرَ، أو كانا نصفَيْن: لم تُؤكَل)؛ وهذا إذا كانت الحالةُ حالةَ الاختيار.

أما في حالةِ الضرورة: يَحِلُّ له التناولُ في جميع ذلك؛ لأن الميتةَ المتيقَّنَةَ تَحِلُّ له في حالة الضرورة، فالتي تَحتمِلُ أن تكون ذكيةً: أَولىٰ، غيرَ أنه يَتحرَّىٰ؛ لأنه طريقٌ يوصِلُه إلىٰ الذَّكيَّة في الجملة، فلا يَترُكُه من غير ضرورة.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا يجوزُ الأكلُ في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحةُ أكثرَ؛ لأن التحرِّيَ دليلٌ ضروريٌّ، فلا يُصارُ إليه من غير ضرورة، ولا ضرورةَ؛ لأن الحالةَ حالةُ الاختيار.

ولنا: أن الغَلَبَةَ تُنزَّلُ منزلةَ الضرورة في إفادة الإباحة؛ ألا ترىٰ أن أسواقَ المسلمين لا تخلو عن المُحرَّمِ والمسروقِ والمغصوبِ، ومع ذلك يُباحُ التناولُ؛ اعتماداً علىٰ الغالب.

وهذا لأن القليلَ لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه، ولا يُستطاعُ الامتناعُ عنه، فيسقطُ اعتبارُه؛ دَفْعاً للحرج، كقليل النجاسةِ، وقليلِ الانكشاف.

---

(١) ينظر نظيره: المجموع ١/١٩٥.

. . . .

بخلاف ما إذا كانا نصفَيْن، أو كانتِ الميتةُ أغلبَ؛ لأنه لا ضرورةَ فيه، واللهُ الموفِّقُ لما يُحبُّه ويرضاه، والله أعلمُ بالصواب، وإليه المرجعُ والمآب[1]، وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمدٍ وعلىٰ آله وصحبه وسلم.

* * * * *

تمَّ كتاب «الهداية شرح بداية المبتدي»، ولله الحمد

---

(١) كَتَبَ الإمام قوام الدين الكاكي في آخِر «معراج الدراية شرح الهداية»، وقد انتهىٰ منه سنة ٧٤٥هـ قال: «ثم إن صاحبَ الهداية رحمه الله لَمَّا لم يورِدْ كتابَ الفرائضِ مع أن صاحبَ القدوريِّ أورده فيه: أردتُ أن أذكر كتابَ الفرائض في آخِرِ «المعراج»، وأبيِّن مواضعَ الخلاف، وجهات التمسُّك...؛ ليكون كالشرح لفرائض القدوريِّ وغيره». اهـ

فهرس موضوعات الجزء السابع

* * * * *

فهرس مجمل لكتاب الهداية كاملاً

فهرس الجزء الأول

فهرس الجزء الثاني

فهرس الجزء الثالث

فهرس الجزء الرابع

فهرس الجزء الخامس

فهرس الجزء السادس

فهرس الجزء السابع

* * * * *

